

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE LA SANCTION
DES
OBLIGATIONS
DE
NE PAS FAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mardi 25 Novembre 1913, à 4 heures 1/2

PAR

Maurice MINOTTE

Président : M. TISSIER

Suffragants : { MM. MASSIGLI. } Professeurs.
CAPITANT. }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER 13

1913

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE LA SANCTION
DES
OBLIGATIONS
DE
NE PAS FAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mardi 25 Novembre 1913, à 4 heures 1/2.

PAR

Maurice MINOTTE

Président : M. TISSIER

Suffragants : { MM. MASSIGLI. } Professeurs.
CAPITANT. }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER 13

1913





Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

La fonction du droit est
de se réaliser (LHÉRING).

Une loi peut être admirablement conçue, servir heureusement les intérêts de tous et de chacun, elle peut être édifiante et utile, voire nécessaire ; si le législateur épris de spéculation pure n'a pas prévu les résistances sociales ou individuelles, cette loi si parfaite n'a que la seule valeur d'un vœu.

Le droit existe en lui-même, mais sans la sanction, il ne diffère pas quant aux effets d'une prescription morale. Le penchant naturel qui attache les hommes à leurs intérêts personnels ne permet pas d'espérer que le respect de la morale suffise jamais au respect des lois. L'élévation du niveau moral des justiciables à un degré supérieur ne vaudrait pas en efficacité l'énergie d'une contrainte extérieure. La Justice n'est-elle pas représentée un glaive à la main prête à faire respecter sa volonté par la contrainte de la force matérielle ?

Comme cette contrainte doit justement triompher de résistance de natures diverses l'instrument dont use la loi pour parvenir à ses fins ne peut être rigide et partout identique à lui-même ; la sanction doit être infiniment souple et variée dans ses modes à l'image des résistances qu'elle doit briser. En effet, la sanction doit être la mise en œuvre du droit ; elle doit tendre à s'identifier avec lui. Le Code nous l'enseigne ; « Les conventions tiennent lieu « de loi aux parties. Elles obligent à ce qui est exprimé. « Elles doivent être exécutées selon leur forme et teneur »

Mais il ne suffit pas que ce principe de l'identité du droit avec l'objet de la sanction soit fondé en raison pour qu'il soit d'une application toujours possible dans la réalité. D'une part, la nature des choses fait parfois obstacles à son exacte observation : La disparition de l'objet du droit ou l'impossibilité de sa réalisation ruinent les espérances du créancier et rendent vaines toutes les contraintes. D'autre part l'équité et le respect de la liberté humaine ont trouvé grâce aux yeux de la loi et font bénéficier certains débiteurs d'un régime d'exception. L'Etude de la sanction des obligations ne peut, cependant, procéder par voie de limitation. Et avant de rechercher quand il convient de mettre en échec le principe de l'identité posé par la raison il est nécessaire de connaître ce qu'est en soi la sanction, à quel principe elle doit elle-même obéir. Les exceptions citées plus haut ont été déterminées empiriquement, pour ainsi dire, par la doctrine et par la jurisprudence. L'idée directrice de la sanction, de la force coercitive, de l'énergie obligatoire de la loi n'est qu'obscu-

rément soupçonnée par ceux-là même qui en affirment énergiquement l'existence en délimitant le champ d'application. Cependant, cette idée directrice paraît facilement se dégager du rapprochement de deux opinions généralement acceptées pour vraies. Personne ne conteste que les limites posées à l'exécution forcée ne concernent pas les obligations d'ordre public, celles qui intéressent la propriété, les droits réels, la famille, la moralité, la sécurité, la salubrité par exemple, « Comment pourrait-on « refuser à la société le droit d'exiger de ses membres tel « sacrifice déterminé quand il est admis que ce sacrifice « est nécessaire ? Par cela seul que l'obligation est créée, « elle doit être exécutée et doit l'être comme le législateur « l'a voulu. Pour obtenir cette exécution, on violera au « besoin la liberté individuelle. Prétendre que le souci « de cette liberté doit l'emporter sur l'intérêt social, c'est « refuser à la société le droit de vie. En effet, il suffirait « pour la détruire de la volonté d'un seul de ses membres « puisqu'en cas d'attentat contre elle, la liberté individuelle « du contrat la soustrairait à une contrainte quelcon-
« que » (1).

Par voie de conséquence on admet que les exceptions à l'exécution précise ne se conçoivent que dans les obligations d'ordre privé. La distinction des obligations d'ordre privé et des obligations d'ordre public est capitale en cette matière. L'intérêt général exige que l'objet de l'obligation soit toujours rigoureusement et immédiatement réalisé. L'intérêt privé doit au contraire supporter des tempéraments mul-

(1) Meynial, *Revue pratique* 1883.

tiples, se montrer patient et tolérant pour le débiteur. Le départ entre les obligations d'ordre public et d'ordre privé mérite donc d'être étudié. C'est le point initial de la matière puisque cette classification une fois faite, le jeu des principes permet d'obtenir un premier résultat considérable et de dire si l'exécution doit être précise ou si elle peut éventuellement être refusée pour ne faire place qu'à une réparation ou à un équivalent.

Prenant pour point de départ les idées généralement accueillies sur ces grandes lignes de la sanction, nous chercherons à distinguer les modes d'action de la contrainte, à dégager l'idée directrice de la force de coercition légale à tracer le plan d'ensemble que la loi paraît suivre inconsciemment.

Enfin dans les situations où toute mesure de coercition directe est inefficace soit par l'impossibilité d'user de la violence, soit par l'inefficacité des sanctions pécuniaires et où cependant il importe comme dans toutes les obligations placées sous la sauvegarde de la loi de réaliser l'objet du droit, nous étudierons l'emploi de certains moyens de contrainte exceptionnels. Comme leur légalité un instant douteuse n'est plus sérieusement contestée, nous nous attacherons uniquement à les bien définir pour leur réserver à eux-mêmes leurs effets propres en évitant soigneusement une confusion entre les moyens d'exécution et les moyens de réparation.

PREMIÈRE PARTIE

LE PRINCIPE

- I. CARACTÈRES DISTINCTIFS DE L'OBLIGATION DE NE PAS FAIRE.
- II. LA SANCTION : DÉFINITION a) *Différentes théories.*
b) *Historique.*
- III. RECHERCHE DE L'ESPRIT DU CODE.
- IV. RECHERCHE D'UN CRITÉRIUM : *son application.*

CHAPITRE PREMIER

Caractères distinctifs des obligations de ne pas faire

Définition. — L'obligation est définie classiquement « un lien de droit par lequel une personne est astreinte envers une autre à faire ou à ne pas faire quelque chose. » *Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis jura* ». L'article 1101 du Code civil indique clairement les trois objets possibles des obligations dans ces termes : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Lorsque l'objet de l'obligation est positif, il porte le nom de *prestation* ; lorsqu'il est négatif il porte le nom d'*abstention* (1).

Au seuil de cette étude, il convient de préciser la notion de l'obligation négative. Ce n'est pas manifestement la présence ou l'absence de la négation grammaticale qui

(1). Le mot de prestation comprend donc à la fois l'obligation de donner et celle de faire. Pour la clarté des développements qui vont suivre nous appellerons « Action » l'objet de l'obligation de « faire » par opposition à l'objet de l'obligation de donner.

nous permettra de distinguer les obligations de faire des obligations de ne pas faire. Certains verbes expriment par eux-mêmes l'abstention. Au premier examen on s'aperçoit que toutes les obligations positives supposent des obligations négatives correspondantes et il semble qu'il n'existe pas d'obligations de faire. Ces dernières pourraient, en effet, se définir par l'exclusion de tout ce qui n'est pas l'objet de l'obligation : l'obligation de restituer qui est à la charge du dépositaire, consiste à ne pas retenir l'objet déposé ; l'obligation d'aller à Rome consiste à ne pas séjourner dans telle ville, à ne pas aller partout où n'est pas le chemin de Rome ; l'obligation de jouer sur tel théâtre, tel jour à telle heure, contient l'obligation de ne pas jouer sur une autre scène le même jour à la même heure. Ces abstentions sont plus ou moins apparentes, quelques-unes sont étudiées nommément par la doctrine, sanctionnées par les tribunaux, d'autres sont inconnues et ignorées, mais leur existence est évidente. Il est clair, cependant, que ces faits — aller à Rome — restituer un objet — sont des faits positifs ; que devenant l'objet d'une obligation, ils constituent des prestations. Par contre, il existe de nombreuses obligations qui sont de pures abstentions : l'obligation de ne pas s'établir dans telle profession, de ne pas troubler son acheteur, ne suppose pas certaines obligations positives correspondantes, comme toute obligation positive suppose certaines obligations négatives.

Nous pouvons donc tenter de définir *l'obligation de faire celle qui a pour objet une prestation unique et des absten-*

tions multiples, et l'obligation de ne pas faire celle qui à l'inverse a pour objet une abstention unique sans prestation correspondante.

Ces abstentions incluses dans les obligations positives doivent-elles être considérées pour l'étude qui nous intéresse, au point de vue de la sanction, comme des abstentions principales, qui seraient envisagées par les parties comme le seul objet de l'obligation? Aux termes d'un contrat, un débiteur s'oblige à planter un terrain d'arbres d'une essence déterminée. Cette obligation lui impose l'abstention de planter le terrain d'arbres d'une essence différente, mais si cette abstention est particulièrement apparente, il s'en faut de beaucoup qu'elle soit la seule. L'obligation de ne pas bâtir, de ne pas transformer le terrain en étang, etc..., sont également incluses dans cette obligation de faire. Si une contravention à l'une de ces multiples obligations de ne pas faire était commise, il ne viendrait pas à l'idée d'appliquer à ces espèces l'art. 1145 qui dispense de sommation le créancier d'une obligation de ne pas faire. On ne pourrait songer qu'à l'application de l'article 1146. Cet exemple prouve que si la distinction des obligations de faire et des obligations de ne pas faire a un sens, il faut admettre que ces obligations sont malgré leur caractère négatif attirées par le caractère positif de l'obligation principale de faire et que les parties ont seule en vue lors de la formation du contrat. Admettre le contraire, au surplus, c'est nous l'avons vu, dire qu'il n'existe pas d'obligations de faire.

La jurisprudence se rallie d'ailleurs à cette définition logique. C'est ainsi que l'obligation de ne pas procéder à un partage hors la présence de certains créanciers a été justement considérée comme une obligation positive, puisqu'en dépit des termes négatifs et des obligations négatives incluses, l'obligation consistait à *appeler les créanciers* (Rapport de Monsieur le conseiller Lepelletier, 4 février 1889. Requête D. P., 1. 315). C'est ainsi encore que la Chambre des requêtes a estimé que la clause d'une convention aux termes de laquelle en cas de reconstruction d'une maison qui appartient à l'une des parties, la façade devait être reconstruite en pierres de taille, à l'exclusion d'autres matériaux, ne constitue pas une servitude dont l'objet est une abstention, mais impose au propriétaire de cette maison l'accomplissement d'un *fait positif*, c'est-à-dire une obligation de faire qui doit se résoudre en dommages-intérêts en vertu de l'art. 1142 (1).

Son contenu. — Ainsi définie, que peut contenir l'obligation de ne pas faire ? Raisonnons sur deux hypothèses. L'obligation de ne pas faire n'a pas le même contenu lorsqu'un propriétaire s'engage à laisser paître les bestiaux d'autrui sur ses prés, et lorsqu'un bailleur s'engage à ne pas louer à un concurrent du preneur une boutique voi-

(1). Req. 15 nov. 1910. D. P., 1. 326. Attendu que la clause..... (dont s'agit) ne constituait pas une servitude grévante l'immeuble, mais imposait au propriétaire de cet immeuble l'accomplissement d'un fait positif c-à-d une obligation de faire qui devait aux termes de l'article 1142 du Code civil se résoudre en dommages-intérêts en cas d'inexécution... P. C. M. Rejette.

sine. Dans un cas, il y a simple tolérance de la part du propriétaire, dans l'autre, il y a renonciation partielle à l'exercice d'un droit. Dans un cas, la mise en œuvre du droit exige l'action du créancier, dans l'autre elle ne suppose pas cette action.

Le contenu de l'obligation de ne pas faire peut donc consister à *subir* l'exercice d'un droit qu'on a donné à un créancier de ne rien faire pour entraver cet exercice. Il peut consister, au contraire, à *renoncer* à un droit ou à en *limiter* l'exercice.

Intérêt de la distinction. — L'intérêt de la distinction faite plus haut entre les obligations de faire et les obligations de ne pas faire, dépasse de beaucoup l'intérêt qu'elle peut avoir dans la matière de la sanction. Cette classification des obligations n'est pas purement terminologique et correspond à des réalités juridiques. Ce n'est pas dans les textes du Code qu'apparaissent le plus clairement les caractères distinctifs de chacune de ces obligations. L'article 1145, notamment, sous l'apparence de poser un principe propre aux obligations de ne pas faire, ne fait que l'application particulière du principe général exprimée par l'article 1146 (*in fine*). Ces caractères sont dégagés plus nettement par l'étude des principes qui régissent la matière des obligations, envisagés généralement pour des obligations positives et dont le jeu est dévié ou contrarié, entravé même dans leur application aux obligations négatives. Le créancier qui réclame en justice, l'exécution d'une obligation de faire, par exemple, a seulement la

charge de prouver l'existence du contrat. S'il réclame l'exécution d'une obligation dont l'objet est négatif, le succès de sa demande en dommages-intérêts, en résiliation, etc..., exigera non seulement la preuve du contrat, mais encore la preuve de la contravention. De même, la prescription du droit de créance courra pour l'obligation positive du jour de sa naissance ; au contraire, en matière d'obligation négative, elle ne peut courir que du jour de la contravention puisque jusque-là, l'action n'était pas née. Le débiteur ne pouvait pas prescrire contre son créancier qui n'avait pas encore d'intérêt à agir et qui par suite se serait vu refuser l'accès des tribunaux : « Pas d'intérêt, pas d'action ».

De quelques obligations de ne pas faire

a) *Le droit de propriété.* — En créant un droit, la loi n'assure pas au titulaire de ce droit les facultés morales, physiques, pécuniaires, nécessaires à son exercice, elle crée uniquement la faculté légale et elle sanctionne cette faculté par la prohibition faite à tous de rien faire qui entrave cette faculté. Autant de droits, autant d'obligations de ne pas faire s'imposant à tous. Le droit de propriété lui-même est soumis à la règle commune. Certains auteurs cependant paraissent nier l'existence d'un rapport obligatoire au profit du propriétaire. Ils s'attachent à la réalité du droit, comme si une chose matérielle pouvait être un sujet de droit, alors qu'elle ne peut qu'en être

l'objet. Huc définit, par exemple, le Droit réel : « Un rapport de droit immédiat entre une personne et une chose qui en constitue l'objet ». (*Huc Commentaire th. et prat. du Code civil*. Paris, 93, t. IV, p. 6). Pothier s'exprimait ainsi : « Le Droit réel existe dans la chose. Il y a donc un « lien direct entre la chose et celui à qui elle appartient au « moins à certains égards. En ce sens on a dit que le droit « réel est un droit absolu ; le maître l'exerce dans la chose « sans qu'il soit besoin d'agir contre une personne obligée « parce que la chose même est affectée de son droit. Tandis « que le droit de créance établit un lien entre deux person- « nes, le créancier et le débiteur ; c'est donc un droit rela- « tif ». Il est aisé de comprendre l'illusion qui dénature l'apparence du droit réel. Il met une chose sous la dépendance directe et absolue du propriétaire. Si la chose était due par un débiteur, le créancier n'aurait sur elle aucun pouvoir direct, une action personnelle contre le débiteur lui permettrait seule d'agir. Cette observation très juste ne doit pas recevoir une explication trop facile. L'impossibilité est absolue de concevoir un sujet de droit, qui ne serait pas un individu. Il ne peut exister de rapport de droit immédiat, entre une chose et un homme. Il faut trouver ailleurs que dans la réalité du droit, telle que la comprend Pothier la nature propre du droit réel. La loi impose le respect du droit réel à tous, comme pour chacun des droits qu'elle reconnaît. Il en résulte que le droit de propriété peut être considéré, non comme un droit spécial extraordinaire, mais comme un simple droit de créance

du propriétaire, à l'encontre de tous, créance qui consiste dans l'abstention générale de trouble dans la libre jouissance et dans la libre disposition de l'objet possédé. La particularité du droit réel consiste simplement, nous le verrons au cours de cette étude, dans l'énergie singulière que la loi met au service du respect de cette abstention. Certaines différences paraissent aussi résulter de ce que l'obligation de ne pas faire conventionnelle diminue la capacité (1) juridique du débiteur tandis que cette obligation de ne pas troubler un propriétaire dans l'exercice de son droit ne diminue en rien nos « facultés légales ». Ainsi l'engagement per-

(1). Une convention peut-elle créer une incapacité juridique ? La loi le prévoit expressément dans certaines hypothèses que l'on rencontre dans le régime dotal ou de substitution. Mais il semble qu'en dehors de quelques exceptions envisagées par la loi, il ne puisse être créée d'incapacité par la convention. C'est d'ailleurs l'opinion d'un éminent auteur dans une critique très serrée de la jurisprudence en matière de clause d'inaliénabilité contenue dans une disposition testamentaire. La jurisprudence, en réservant le droit d'invoquer l'inaliénabilité au seul légataire, a créé une sorte d'incapacité relative restreinte aux biens pour lesquels elle a été établie. La prohibition d'aliéner peut être considérée soit comme une obligation de ne pas aliéner, soit comme une condition résolutoire, soit comme une qualité affectant le bien lui-même d'indisponibilité. La jurisprudence prononce l'annulation de la vente interdite, mais laisse la libéralité debout. « Elle en fait donc (des clauses d'inaliénabilité) des modalités distinctes des charges personnelles et des conditions résolutoires proprement dites. C'est une affectation temporaire du bien donné ou « légué, mais il est frappé d'indisponibilité pour un certain temps. La clause « d'inaliénabilité est sanctionnée par une action « en nullité de l'acte « d'aliénation et non par une action en révocation ou en résolution de la « libéralité » (Tissier, *infra*). La jurisprudence a donc créé une incapacité nouvelle sur le modèle des biens dotaux. Il est permis de douter de la légalité d'un pareil système. (V. Cass. req., 23 mars 1903. S. 1904, 1. 225, et la note de M. Tissier. V. notes de M. Tissier sous S. 1904, 2.201 et S. 1905, 1.513).

sonnel de souffrir certains bruits de la part du propriétaire voisin diminuerait mes facultés légales (droit à des dommages-intérêts, de faire cesser le trouble). L'obligation générale et pour ainsi dire légale de subir la privation d'un point de vue par suite d'une édification sur un fonds voisin ne les diminuerait point. Par les termes de facultés légales, il semble qu'on entende les facultés dont chaque individu possède *habituellement* le bénéfice, car dans les exemples donnés je ne vois aucune autre distinction entre les deux situations du débiteur que celle-ci : dans un cas, il est tenu comme tout le monde, dans l'autre, il est tenu personnellement et en son nom seul. Le devoir d'abstention est le même dans le cas où il a diminué ses facultés légales et dans le cas où il les a conservées. La seule différence s'observe du côté du créancier et de son côté seulement, car il peut exiger l'abstention de tous dans un cas, et d'un seul dans un autre. La multiplicité des sujets du droit n'est pas elle-même un caractère spécifique. C'est dans l'énergie de la sanction, nous le répétons, que nous trouverons les différences saillantes entre les deux espèces d'obligations.

b) *Servitudes*. — Un intérêt considérable au point de vue de la transmissibilité, de la perpétuité, de la sanction, notamment, s'attache à la distinction de l'obligation de ne pas faire qui engendre une créance de l'obligation née d'une servitude qui est un droit réel. La servitude peut se définir « Une charge imposée sur un héritage consistant « à subir ou à ne pas faire pour l'usage et l'utilité d'un

« héritage appartenant à un autre propriétaire » Il convient pour éviter toute ambiguïté d'observer dans une pareille situation juridique la co-existence de deux obligations négatives. En premier lieu, l'obligation négative qui oblige tout le monde à respecter l'exercice de la servitude. En second lieu l'obligation négative qui consiste à subir ou à ne pas faire qui s'impose nommément au propriétaire de l'héritage grevé de la servitude. C'est cette dernière qui peut être facilement confondue avec l'obligation de ne pas faire. Paul propriétaire d'un terrain prend envers Pierre l'engagement de ne pas bâtir. Cette promesse constitue-t-elle une servitude ou une obligation de ne pas faire. Si Pierre acquiert une servitude, s'il est titulaire d'un droit réel, son droit sera opposable à tous et même à l'ayant cause éventuel de Paul. S'il est au contraire simple créancier personnel de Paul, l'ayant cause de son débiteur pourra construire en repoussant l'action de Pierre par la maxime : « *Res inter alios acta alteri neque nocere neque prodesse potest* ». S'il y a servitude, l'observation de l'obligation s'imposera rigoureusement au débiteur et la sanction sera précise, c'est-à-dire que le débiteur ne pourrait s'en libérer par un équivalent. Comment résoudra-t-on la question de savoir si, dans cette espèce prise pour exemple il y a obligation de ne pas faire de droit réel ou obligation de ne pas faire de droit personnel ? Les termes employés par les parties contractantes ne sont pas de nature à trancher la question. L'établissement d'une servitude n'exige pas l'emploi de termes sacra-

mentels (1). Les juges auront donc à apprécier l'intention des parties et les circonstances (2). Si les parties ont eu en vue de créer une obligation de ne pas faire qui serve à la propriété même du bénéficiaire, abstraction faite de sa personne, les parties ont constitué une servitude. Dans le cas contraire, ils ont créé un simple droit de créance. Les juges apprécieront, par exemple, que l'objet de la convention a eu pour but d'augmenter directement l'utilité et l'agrément de l'immeuble, et constituent une obligation de droit réel ou au contraire que le but des parties a été de procurer un agrément individuel au propriétaire sans vouloir modifier ou améliorer l'immeuble, et que le droit créé est une obligation de droit personnel.

Dans une espèce particulière il peut y avoir doute non seulement sur le caractère de l'obligation de droit réel et de droit personnel, mais bien plus sur le caractère positif ou négatif de l'obligation. Un propriétaire s'engage pour le cas où il élèverait un immeuble sur son terrain, à ne le bâtir qu'en pierres meulières. On pourrait dire, il n'y a pas de servitude, mais obligation de ne pas faire. Par le jeu des principes, qui viennent d'être posés, il peut se produire qu'il s'agisse d'une obligation de ne pas faire. Cette question résolue, une autre se pose : N'y a-t-il pas plutôt

(1). Civ. cass., 7 février 1825. Jurgén. V^o. Servitudes, n^o 28.

(2). Cass., 6 juillet 71. Dalloz, P. 1875, 4, 372.

Cass., 26 juillet 81. D. P. 82, 4, 376.

Req., 23 mars 1908. D. P. 1908, 4, 419.

Civ., 9 décembre 1908. D. P. 1910, 1, 307.

Cass., 30 décembre 1870. D. P. 1871, 2, 137.

obligation positive de faire ? Et si nous nous reportons à à notre définition de l'obligation de faire, il semble que ce soit bien une véritable obligation positive. Cependant, nous estimons qu'il s'agit d'une obligation négative. La raison en est que par hypothèse je ne suis pas tenu de bâtir ; je ne peux donc pas l'être de bâtir en meulière. Je suis tenu d'une abstention : ne pas bâtir ; je puis m'en relever, cependant, en bâtissant en meulière. La Cour de Cassation dans une espèce semblable (Req. 15 novembre 1910, D. P., 1, 326) a estimé qu'il y avait dans cette obligation une obligation de faire, mais elle ne paraît pas avoir aperçu que l'obligation positive manquant elle-même, la modalité de cette obligation ne pouvait exister.

c) *L'obligation de ne pas nuire sans droit à autrui.* — Comme tous les droits, les droits à la vie, à l'honneur, à la santé, sont protégés par des prohibitions faites à tous d'y porter atteinte.

L'article 1382 du Code civil sanctionne par une action en réparation, l'obligation préexistante de ne pas nuire sans droit à autrui. « *Neminem lædere* » c'est une maxime de bon sens, dont le respect doit être imposé aux justiciables par le législateur. Ces obligations de ne pas faire ne sont pas remarquables par le mode de réparation qui ne pourrait selon quelques-uns jamais être que pécuniaires, elles sont caractérisées bien plutôt par l'imprécision des termes trop vagues à dessein des textes législatifs. Il y a un certain nombre de situations juridiques dans lesquelles suivant les mœurs et les circonstances, le doute

plane sur l'existence de l'obligation. Les tribunaux ont le pouvoir d'apprécier les faits et de reconnaître ou de nier cette existence.

En résumé, de la définition de l'obligation d'abstention et des considérations générales qui précèdent, nous devons admettre qu'il n'existe qu'une sorte d'abstention plus ou moins étendue, plus ou moins compréhensive suivant son origine, mais toujours de nature identique à elle-même.

La classification des obligations d'abstention pourrait être tentée, mais elle n'aurait d'intérêt que pour mesurer l'intensité variable de l'énergie coercitive de la loi et trouverait son *criterium* dans la nature des sources des obligations d'abstention et non pas dans la nature même toujours identique de ces obligations.



CHAPITRE II

La Sanction

DÉFINITION. — SA LÉGITIMITÉ. — QUELQUES THÉORIES. —
SON HISTOIRE.

Définition. — La Sanction est l'ensemble des droits que la loi met au service du créancier pour obtenir l'exécution de la prestation ou l'équivalent en nature ou en argent de cette prestation.

Sa légitimité. — Le principe de l'exécution forcée que pose cette définition est soumis à une exception au sujet de laquelle ne s'élève et ne peut s'élever aucune discussion : lorsque l'obligation est devenue impossible à réaliser, les moyens légaux sont impuissants à fournir au créancier autre chose qu'un équivalent de ce qui lui est dû.

Cependant, Stuart Mill estime que la liberté de l'homme ne peut exiger qu'il soit libre de n'être pas libre « Ce n'est pas être libre que de pouvoir renoncer à la liberté ». Il répugne donc à toute contrainte soit sur la personne, soit sur les biens. Sans nous attarder à discuter cette théorie

qui nie la légitimité de la sanction, constatons que la sanction existe légalement et qu'elle est pratiquement indispensable.

Une théorie nouvelle, moins hardie dans ses conclusions, mais procédant de sa devancière distingue, sagement l'exécution forcée sur les biens de l'exécution sur la personne. Le débiteur en promettant son abstention ou son fait promet simplement de reconnaître la dette d'une certaine somme, que les juges pourront arbitrer, dans le cas où il ne satisferait pas précisément à son obligation. En un mot cette obligation n'est pas *in obligatione* mais *in facultate solutionis*.

Enfin une théorie récente que frappe particulièrement l'impossibilité morale d'exécuter certaines obligations, admet bien que la sanction n'est que la mise en œuvre du Droit « qu'elle doit avoir en principe le même sujet que lui », mais elle limite la sanction précise de l'exécution forcée au point où l'exercice de cette sanction serait un attentat à la liberté humaine. Elle reconnaît qu'en toute hypothèse le créancier doit pouvoir obtenir la chose, le fait promis lui-même, qu'il en a le droit, mais elle lui refuse les *moyens*. Cette opinion s'appuierait sur une évolution déjà ancienne du droit. La suppression de la contrainte par corps serait une preuve très nette de la tendance moderne à respecter de plus en plus scrupuleusement la liberté humaine.

Nous examinerons dans le cours de cette étude le bien fondé de cette dernière théorie. Quant à nous, nous esti-

mons que si elle exprime une idée exacte, c'est en la circonscrivant étroitement dans son domaine, qui est le domaine de l'intérêt privé. Il est impossible d'admettre que la liberté humaine balance l'intérêt général. L'intérêt de tous ne peut pas abdiquer devant l'intérêt de chacun. La loi doit sanctionner d'une façon inflexible et rigoureuse ceux qui désobéissent à ses injonctions, lorsque ces injonctions sont prononcées dans l'intérêt social. La sanction légale n'est pas rigide et figée dans une formule unique ; elle est souple et variée. Elle est patiente lorsqu'elle peut l'être ; elle est au contraire brutale et violente lorsque les circonstances l'exigent impérieusement. La force coercitive de la loi varie indéfiniment d'intensité depuis la pression légère jusqu'à l'écrasement, depuis la simple sanction jusqu'à la peine afflictive. Le degré d'intensité permettra ou ne permettra pas l'attentat à la liberté humaine, et il sera plus ou moins élevé suivant que l'intérêt sanctionné sera d'ordre public ou d'ordre privé. Pour trouver la limite à l'exécution forcée, il n'y a pas lieu de rechercher si la liberté humaine est violée, mais au contraire, posant que l'attentat à la liberté individuelle est légal, rechercher de quel ordre est l'intérêt engagé au respect de l'obligation, afin d'en déduire la légalité ou l'illégalité du procédé de coercition.

La distinction des obligations en obligations d'ordre privé et obligations d'ordre public offre donc un intérêt considérable dans la matière qui nous occupe. Il est donc nécessaire de porter l'attention sur les signes auxquels se

reconnaîtront les deux ordres d'intérêts et d'en trouver le critérium. La légitimité et la légalité de la contrainte découleront de l'application de ce critérium.

Après avoir dégagé le principe qui préside à la sanction, il y aura lieu d'en étudier les limites et d'en suivre le développement dans le domaine de la pratique.

Histoire de la Sanction. — Notre Droit admet que théoriquement le créancier en présence de l'inexécution de l'obligation a droit de faire exécuter l'obligation par la force. L'exercice de ce droit presque sans limite lorsqu'il s'agit de transférer la propriété de sommes d'argent ou de corps certains, est parfois entravé, lorsqu'il s'agit des obligations de faire ou de ne pas faire.

A Rome, quelque soit la chose promise le débiteur n'avait jamais à redouter qu'une condamnation à une somme d'argent. La raison profonde de cet état de chose tient à ce que l'autonomie juridique de l'individu est absolue. « Le droit d'une personne sur la chose, expose un excellent auteur (1), est indépendant du pouvoir social « et antérieur à lui. Le débiteur a sur ses biens un droit « absolu, aussi entier que s'il n'était pas débiteur et l'Etat « est impuissant à le faire disparaître ou à le transférer. « Si le débiteur refuse d'exécuter son obligation, personne « ne peut l'y contraindre.

« Pour être satisfait le Créancier doit faire *disparaître*
« la personne physique et juridique du débiteur (la *manus*

(1) M. Meynial, op. cit.

« *injectio* permet de tuer le débiteur ; la *bonorum venditio* « suppose par fiction le débiteur mort et transporte son « patrimoine entier à un acheteur qui le représente). Le « gage et l'hypothèque ne donnent pas le droit de vendre « mais le droit d'entrer en possession ». En sorte qu'à cette époque la condamnation pécuniaire encourue par le débiteur peut être plutôt considérée comme une vengeance privée, plutôt que l'équivalent de l'exécution. Le droit Romain ne s'immobilisa pas dans cet état où la personne du débiteur était seule obligée, il connut une époque où les biens du débiteur étaient eux-mêmes engagés. Il est particulièrement intéressant de voir comment on peut apprécier les raisons de ce premier progrès du droit et comment pour la première fois le Créancier put obtenir l'exécution précise de l'obligation. « Peu à peu, la personnalité se désagrège, le droit de l'individu sur ses biens « devient moins absolu, l'objet de l'obligation se spécialise et cesse d'être le fait du débiteur. Ce n'est plus le « débiteur qui est engagé, ce sont ses biens. On reconnaît « au créancier d'un corps certain quelque chose d'analogue « à un droit sur l'objet dû. En même temps, *l'état devient « une personne morale dont l'autorité supérieure émane de « Dieu d'abord, du caractère sacré de la Société plus tard « C'est le pouvoir social qui crée le droit et par suite, il « peut l'anéantir.* Dès lors, le juge représentant de ce « pouvoir, a droit en vertu de sa seule volonté, d'attribuer « au Créancier le droit du débiteur et il n'est plus nécessaire pour exproprier ce débiteur de supposer la person-

« nalité du débiteur disparue ». Ce progrès fut marqué par la possibilité d'obtenir du juge la condamnation *ad ipsam rem* et de procéder à la vente des biens du débiteur en déconfiture par le procédé de la *distractio bonorum*.

Ce serait d'ailleurs une erreur de croire que cette condamnation *ad ipsam rem* devait conduire à distinguer les obligations de faire et de donner au point de vue de l'exécution. Il existe, cependant deux textes, la loi 75 § 7, livre LVI au Digeste et le § 7 du Livre III titre XVI aux Institutes qui divisent les obligations en obligations de faire ou de donner. Mais cette division n'est pas établie pour permettre de savoir quand l'exécution forcée sera possible. Elle n'a d'intérêt qu'au point de vue de la classification en obligations *certæ* et obligations *incertæ*. Les obligations portant sur un fait ou une prestation étant par leur nature même *incertæ*, tandis qu'au contraire les obligations portant sur une dation peuvent être ou *certæ* ou *incertæ*. D'où cette conséquence importante pour le praticien, de prévoir une clause pénale en cas d'inexécution de l'obligation, à fin d'obtenir une condamnation à un *certum*. L'exécution *ad ipsam rem*, ne se trouvait donc pas limitée par cette classification qui lui demeurerait complètement étrangère. Un texte du Digeste paraît, cependant, indiquer clairement la limite de l'exécution *ad ipsam rem*. Un débiteur d'une obligation de faire « *in pecuniam numeratam*, « *condemnatur sicut evenit in omnibus faciendi, obligationi* « *bus* » (Celse loi 13 § 1 XLII, 1.). Ce texte ferait-il l'application du principe que l'exécution doit se résoudre en ar-

gent lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire, par opposition à l'obligation de donner? Cette interprétation séduisante n'aurait aucune base sérieuse. En effet, à l'époque de Celse toutes les condamnations étaient pécuniaires et il ne pouvait songer à limiter le champ d'application de la règle de l'exécution forcée directe.

Les glossateurs du Moyen-Age ne furent cependant pas arrêtés par cet anachronisme. Ils rapprochèrent le texte d'Ulpien du texte de Celse. Ils admirent que la classification d'Ulpien se rapportait à l'exécution forcée d'une part et que le texte de Celse posait la limite de cette exécution forcée : les obligations de donner étant susceptibles d'exécution forcée ; et les obligations de faire devant se résoudre en argent. C'est l'idée que nous retrouvons dans Bartole : « *Quando est in obligatione rem dari quis præcise compellitur . . . in obligationibus autem facti, quis non præcise compellitur sed liberatur solvendo interesse* » (2. 1. De act. empti Dig). Il fait l'application de ce principe à propos des obligations du vendeur : « *Obligatio quæ tenetur venditor est quædam obligatio participalis quæ partem capit de natura obligationis faciendi et partem de obligationis dandi. Cum quis tradit rem, debet eam rem facere accipientis si est dominus et sic sentit de obligationibus dandi. Si non est dominus, debet transferre usucapiendi conditionem . . . Cum igitur ista obligatio sit participalis, eligitur quædam media via, est, si habet rem, cogitur præcise tradere et si hoc sapet naturam obligationis dandi si eam rem non*

habeat, liberatur solvendo interesse et in hoc sapit naturam obligationis faciendi. » Ainsi l'obligation de donner pouvait s'exécuter malgré la résistance du débiteur. Les obligations de faire au contraire se résoudraient invariablement en dommages intérêts.

Dans la première moitié du XVII^{me} siècle, le domaine de l'exécution forcée directe fut élargi considérablement. Une distinction fut établie entre toutes les obligations de faire. Certaines d'entre elles, qui pouvaient être exécutées par d'autres que le débiteur sans léser les intérêts du créancier, furent assimilées aux obligations de donner. Les hypothèses où l'obligation de faire se résolvait en dommages intérêts furent réduites au cas où le sujet de l'obligation devait un pur fait personnel comme aller à Rome, écrire un livre. Vinnius à qui paraît être dû, ce nouveau progrès distingue le « *Facta nuda et simplicia quæ in meris faciendi finibus consistunt, qualia sunt exempli gratia : Roman ire, tabulam pingere* » et les : « *facta quæ in rei alicujus prestatione et juris possessionisve translatio consistunt quale est ejus qui tenetur ex causa venditoris rem tradere* » (Inst. III 24 p. n° 5 et suiv.) A partir du moment où l'exécution forcée directe fut admise pour les obligations ayant pour objet « *rei alicujus præstationem*, la doctrine ne chercha plus qu'à trouver une limitation à l'exécution forcée (Cujas ad tit. 49, livre IV. Cop. tome IX p. 381). C'est à cette époque que la promesse de consentir à une vente fut considérée par le juge comme donnée dans le cas de refus du con-

sentement promis. Le principe fut admis par le Parlement de Paris par un arrêt du 28 mai 1568 (Journal des aud.). Pothier dans son traité de la vente (page 479) expose les raisons de cette solution : « La règle *nemo potest cogi ad factum* et celles des obligations *quæ in faciendi consistunt* ne reçoivent d'application qu'à l'égard des obligations de faits extérieurs et corporels telle qu'est l'obligation de celui qui se serait obligé de copier mes cahiers, lesquels faits ne peuvent se suppléer que par une condamnation de dommages et intérêts, mais le fait qui est l'objet d'une promesse de vente n'est pas un fait intérieur et corporel de la personne du débiteur il peut se suppléer par un jugement ».

L'idée que l'on aurait de l'exécution des obligations dans notre ancien droit serait, cependant, erronée si le champ d'application du principe traditionnellement exprimé par la maxime « *nemo præcise cogi ad factum* » n'était nettement et clairement délimité. Cette maxime au cours de son évolution n'a jamais visé que les obligations d'intérêt privé. Dès qu'un intérêt public de sécurité, de moralité était en jeu, aussitôt l'exécution précise devenait effective au mépris de tous les textes. Une exception d'une importance pratique considérable suffira à démontrer combien cette règle non écrite domine la règle cent fois exprimée « *Nemo potest præcise cogi ad factum* ». Lorsque le Créancier était particulièrement soucieux d'obtenir l'exécution précise de l'obligation il usait d'un moyen infallible : il faisait prêter serment à son débiteur. Voici en effet l'ar-

rêt recueilli par Papon. (Recueil d'arrêts notables par Jean Papon, 1607 page 558, Parlement de Paris). « Obligation
 « de fait possible et *juré* est précise. Par disposition du
 « droit commun celui qui est obligé de faire quelque chose
 « n'est précisément tenu au fait par lui promis et
 « n'y peut être contraint s'il offre des dommages et inté-
 « rêts, loi stipulationes § *Celsus* ff. de verb. oblig. *e si quis*
 « *ab alio* ff. *dire indic.* Toutefois *si cette promesse est ju-*
 « *rée il y sera précisément contraint* et ne s'en peut demes-
 « ler par l'offre de dommages intérêts si elle lui est possi-
 « ble *cap. ex rescripto de iureiur and. glos. in l. si pecu-*
 « *niam in princip in verb. necesse est* ff. de cond. ob caus.
 « Et ainsi jugé par arrêt de Grenoble le 12 Septembre
 « 1460 entre Iean Faucherant citoyen de Grenoble et An-
 « dré de Salix ». Ainsi l'intérêt supérieur de la morale re-
 ligieuse conférait à l'obligation une force qui permettait
 au débiteur d'obtenir l'exécution précise de l'obligation.

Lorsqu'il s'agissait de faire respecter les décisions de justice, un droit réel de propriété, de servitude, de réprimer des atteintes à l'immoralité, de faire cesser certains usages dangereux pour la sécurité publique, le respect de la liberté du débiteur ne faisait pas fléchir la règle de l'exécution forcée.

S'agit-il de faire respecter les décisions de justice, voici ce que rapporte Papon (op. cit. p. 1095) « Il est fort utile
 « tant en particulier qu'en public que les choses jugées
 « aient effet et que chacun y obéisse. Et à cette raison l'évê-
 « que de Coutance trouvé désobéissant et rebours à la

« Cour, fut par arrêt d'icelle condamné à de grandes
« amendes l'une envers le Roi, l'autre envers partie civile
« le 26 Juillet 1458. La Cour ayant donné quelque arrêt
« en cas de contravention ou empêchement *adioute* gran-
« des peines. Comme pour la vesne du Comte d'Alfinois et
« le 24 mars 1583 contre un gentilhomme de Pareton,
« nommé Leunotte fut donné arrests par lesquels 2000
« écus furent déclarés acquis et adjugés à la partie pour
« les contraventions aux arrêts et le désobéissant *condam-*
« *né par corps*. Se trouve même arrêt du 14 Avril 1442
« par lequel un prisonnier pour ne point obéir à l'arrest et
« et ne vouloir prononcer les paroles pour simple amende
« honorable fut *condamné à rester en prison* depuis pilorié
« par 4 Samedis » Voici encore un exemple des rigueurs
dont usait la justice pour obtenir d'un fils le paiement
d'une pension alimentaire de 500 livres montant d'une
condamnation judiciaire, pour le recouvrement de laquelle
la saisie des fruits des terres du débiteur avait été prati-
quée. « Les Commissaires à la saisie ayant été menacés
par le débiteur avaient demandés au Parlement de Toulouse
d'être relevés de leurs missions. L'arrêt du Parlement
s'exprime ainsi. « Défend au dit Tournecoupe par lui ou
« personne interposée de troubler les commissaires de
« leurs fonctions, autrement et en cas d'empêchement la
« dite *Seigneurie confisquée*, dès lors au Roy et unie à son
« domaine, en payant la dite somme de 500 livres par an.
« Et c'est ainsi, poursuit l'arrêtiste qu'il faut procéder
« contre tels contumaces et rebelles à Justice, comme il

« est dit dans la loi *Contumacia ff. dire judicat.* p. 1305,
 « jusqu'à ce qui on le réduise à due et entière obéissance,
 « ce qui est laissé à la discrétion des Juges principalement
 « souverains et qui ont le glaive en main pour retrancher
 « les membres si pourris et si corrompus ». (Maynard T.
 2. Liv. VIII, Chapitre LXV, page 285).

Les droits réels étaient de même sanctionnés avec une grande vigueur. En cas de réintégration dit un arrêt de Toulouse rendu contre le Roy de Navarre pour le comte de Bigorre, « le possesseur spolié par force doit premier estre
 « réintégré en sa possession.... et comme il s'agissait d'un
 « spoliateur peu facile à contraindre l'arrêt prescrit : « de
 « remettre avant toute œuvre celui qui est desaisi et em-
 « ployer gens armez artillerie et autre force pour l'exécution » (Papon op. cit. page 476).

De même lorsqu'il s'agit de l'exercice d'une servitude, c'est l'exécution de la chose même qui est exigée malgré la résistance du débiteur (Papon op. cit. page 835) (1). De même encore lorsqu'il s'agit de délaisser un immeuble où le débiteur était contraint par corps à se soumettre (Pothier, Œuvres posthumes 1778, page 387)

Si la morale religieuse est engagée c'est encore avec rigueur que la loi intervient. Pour sanctionner l'obligation de ne pas travailler le dimanche, les tribunaux prononçaient des amendes arbitraires (Parlement de Dijon Janvier 1677. François Perrier. Recueil d'arrest notables du Parlement de Dijon, 1735, Tome 1^{er} page 526).

(1) Boniface 1750, Parlement de Provence, page 600.

Ces exemples pourraient être multipliés à l'infini. Un lien commun les unit, c'est l'intérêt général. Lorsque cet intérêt général fait défaut, c'est la règle « *Nemo potest* » qui s'applique, Papon rapporte qu' « un propriétaire ne peut faire sortir son locatif qui a contrevenu aux charges de son bail s'il n'y avait une clause résolutoire au dit bail sauf au propriétaire son action en dommages-intérêts ». Arrêts du 13 Mars 1576 et du 4 du dit mois 1577. (Papon op. cit. page 564). Il est clair que si le propriétaire se présente comme simple créancier d'une obligation de ne pas faire il n'obtiendra que des dommages et intérêts ; mais que si au contraire il agit comme propriétaire titulaire d'un droit réel que la loi sanctionne rigoureusement parce que d'intérêt général, il pourra obtenir l'expulsion *manu militari*. Seulement, pour agir en cette dernière qualité, il faut que le contrat soit résolu. Ainsi toujours coexistent l'intérêt général et l'exécution forcée directe. Il faut en tirer cette conclusion que l'un doit être la conséquence de l'autre.

Les différentes juridictions de l'ancien droit avaient donc le sentiment qu'avant d'appliquer la maxime « *Nemo potest* » pour limiter les effets de l'exécution forcée, il convenait de savoir de quel ordre était l'intérêt engagé au respect de l'obligation. Elles ne se souciaient de la question de savoir si la liberté humaine était ou non violée qu'après avoir résolu préliminairement cette première question.

Quant au respect de la liberté humaine, c'est un senti-

ment qui s'est fait jour bien tard. Ne considère-t-on pas au XVI^e siècle comme un progrès sensible le fait de ne plus emprisonner les débiteurs obligés à faire quelque chose et dont les immeubles seuls sont saisis : « Ce sont
« là de vrais moyens justes, dit l'arrêtiste, pour faire obéir
« les parties personnellement condamnées à faire quelque
« chose et ces moyens sont plus doux et moins dangereux
« que ceux anciennement ordonnés par la Cour, mais la
« *contrainte par corps* contre tels condamnés pour les punir
« comme dans leurs personnes mêmes, semble être
« cruelle et barbare et encore quelquefois sans leur donner
« délai afin qu'aussitôt soumis et sans y prendre garde
« de ils soient emprisonnés » (Arrêt du Parlement de Bordeaux 24 mars 1599, Meynard op. cit. T. 1^{er}, Livre III, Chap. LXIX, page 301). Comment concilier le respect dû à la liberté du débiteur avec l'usage des amendes honorables et notamment avec ce procédé de contrainte rapporté par Bardet. « Le Créancier obtenait du juge la permission
« d'installer chez le débiteur gât et garnison jusqu'au paiement
« entier des dettes et la plupart du temps les débiteurs
« étaient obligés d'abandonner leurs familles et maisons
« aux Sergents qui mangeaient tout et ravageaient
« jusqu'aux murailles ». Ces exemples sont de nature à démontrer que le respect de la liberté était bien étranger à l'exécution par équivalent des obligations de faire ou de ne pas faire. C'est la règle romaine et la règle romaine seule telle qu'elle était comprise qui empêchait d'obtenir l'exécution directe et forcée. Et puisque ce n'est

pas le respect de la liberté humaine qui avait grandi au moment où l'évolution des idées juridiques était faite, quelle raison profonde a donc amené l'état d'esprit juridique à modifier la règle romaine ? Le texte de Vinnius que nous avons cité exprime plutôt le terme que le point de départ d'une évolution. Le progrès consista à considérer qu'il importait de plus en plus fréquemment à l'intérêt général que les obligations d'intérêt privé fussent strictement observées et exécutées. Dès l'origine, sans doute, l'intérêt général était trop clairement lié au respect de certaines obligations pour permettre au débiteur d'échapper à une sanction rigoureuse. Dans ces hypothèses, la force de coercition de la loi en usait brutalement avec le débiteur, sans égard pour sa personnalité. Mais ces hypothèses étaient rares. Le plus souvent, la loi restait la spectatrice indifférente de la violation de la foi promise, abandonnant le créancier à la maxime « *Nemo potest præcise cogi ad factum* ».

Plus tard, la loi estima que l'intérêt général était intéressé à ce que le plus grand nombre de promesses fussent strictement observées, elle considéra que le respect précis des obligations d'ordre privé, lui importait. Mais proportionnant toujours l'effort au résultat à obtenir, la loi n'usa pas de violence pour faire respecter cette volonté nouvelle car l'intérêt général somme toute, n'était que faiblement engagé et la force coercitive que la loi mettait au service du créancier, ne fut pas assez forte pour porter atteinte à la liberté du débiteur.

Le progrès du respect de la liberté humaine est indéniable mais ce n'est pas comme obstacle extrême à la force de coercition légale mise au service des obligations d'intérêt privé que ce progrès est le plus intéressant à observer. C'est au contraire, comme obstacle de plus en plus considérable à la force de coercition mise au service de l'intérêt général.

Le progrès des idées juridiques a suivi de près les progrès des mœurs. Les moyens de coercition s'adoucissent et s'humanisent avec le cours des siècles. La loi qui prend désormais souci de faire respecter la bonne foi entre les particuliers ne déploie plus son grand jeu de coercition contre l'individu dans les cas où ces mesures ne sont pas rigoureusement indispensables aux intérêts vitaux du corps social.

CHAPITRE III

Recherche de l'esprit du Code

Il semble que le législateur du Code civil si jaloux de la perfection de son œuvre, ait dû poser dans la matière qui nous occupe des principes stables et logiques dont les conséquences découlaient naturellement. Tout au contraire, les quelques textes consacrés par lui à l'effet des obligations sont particulièrement vagues et imprécis. Les commentateurs ne sont à peu près d'accord que sur un point, c'est que le texte de l'article 1142 exprime à coup sûr le contraire de la règle qu'il voulait poser. L'article 1142 s'exprime en effet ainsi : « Toute obligation « de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-« intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. » Il est généralement admis que toute obligation de faire ou de ne pas faire doit être exécutée *en nature* par le débiteur. Il y a, cependant des raisons très sérieuses de douter du bien-fondé de l'interprétation commune. Pothier que les rédacteurs du Code ont suivi pas à pas dans cette partie de leur œuvre s'exprime ainsi dans son traité des obligations (page 63, Edition 1883 de la librairie de Saint-

Paul) : « L'effet de l'obligation qu'une personne a contractée de faire quelque chose est qu'elle doit faire ce qu'elle s'est engagée de faire et que si elle ne le fait pas, après avoir été mis en demeure de le faire, elle doit être condamnée aux *dommages et intérêts* de celui envers lequel elle s'est obligée... ». « L'effet de l'obligation qu'une personne a contractée de ne pas faire quelque chose est que, si elle le fait, elle est tenue des dommages et intérêts résultant du préjudice qu'elle a causé en faisant cela à celui envers qui elle s'était obligée à ne pas les faire », (page 67 *op. cit.*). « Lorsque quelqu'un s'est obligé à faire quelque chose, cette obligation ne donne pas au créancier le droit de *contraindre le débiteur précisément* à faire ce qu'il est obligé de faire, mais seulement celui de le faire condamner à des dommages-intérêts faute d'avoir satisfait à son obligation. C'est en cette obligation de dommages et intérêts que se résout toutes les obligations de faire quelque chose, car *nemo potest præcise cogi ad factum*. Lorsque quelqu'un s'est obligé à ne pas faire quelque chose le droit que donne cette obligation au créancier est celui de poursuivre en justice le débiteur en cas de contravention à son obligation pour le faire condamner aux dommages et intérêts résultant de la contravention. »

Ainsi l'exécution par voie de dommages et intérêts paraît la seule admise par Pothier. Bien plus, Bigot-Préameneu dans son Exposé des Motifs au Corps législatif et Favart, tribun commis pour la communication officielle

au tribunal, démarquant dans toute cette partie de leurs discours, le texte de Pothier, confirment cette opinion. « L'obligation de faire ou de ne pas faire, affirme le premier se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ». « Quel est l'effet de l'obligation de faire ou de ne pas faire ? se demande le second. Elle se résout en dommages et intérêts. En cas d'inexécution de la part du débiteur parce que, devant les jurisconsultes romains « *nemo ad actum cogi potest* ».

Malgré l'apparente clarté de ce refus de l'exécution précise, les commentateurs n'hésitent pas à l'exception d'un seul (1) à reconnaître que notre droit donne au créancier le pouvoir d'exiger la prestation ou l'abstention mêmes qui lui sont dues. Pothier dont l'autorité est prépondérante en la matière, expose imparfaitement le sens de la règle « *nemo potest* » dans les quelques lignes rapportées plus haut. C'est dans son traité de la vente qu'il complète et précise son exposé du traité des obligations : « La règle *nemo potest cogi ad factum* et celle des obligations *quæ ni faciendi consistunt* ne reconnaît d'application qu'à l'égard des obligations de *faits extérieurs et corporels*, telle qu'est l'obligation de celui qui se serait obligé de copier mes cahiers, lesquels faits ne peuvent se suppléer que par une condamnation de dommages et intérêts ; mais le fait qui est l'objet d'une promesse

(1) Larombière.

« de vente n'est pas un fait extérieur et corporel de la
« personne du débiteur, il peut se suppléer par un juge-
« ment. »

On s'explique donc que l'exécution par équivalent, imposée par la règle *nemo potest* .., n'est qu'une exception qui ne trouve d'application qu'aux faits extérieurs et corporels du débiteur. Pothier, d'ailleurs, faisait l'application de la règle de l'exécution précise aussitôt après avoir formulé l'exception en disant : « Si ce qu'il (le débiteur) s'était obligé de ne pas faire et qu'il a fait au préjudice de son obligation est quelque chose qui puisse se détruire, le créancier peut aussi conclure contre le débiteur à la destruction. Par exemple : Si mon voisin est obligé envers moi à ne pas fermer son avenue pour m'y laisser le passage libre et qu'au préjudice de cette obligation il l'ait fermée par une barrière ou par un fossé, je peux faire ordonner qu'il sera tenu de retirer sa barrière ou de combler son fossé, et que faute par lui, de le faire dans un certain temps, je serais autorisé à faire à ses dépens combler le fossé ou enlever sa barrière ». Cette dernière solution de Pothier est passée dans les articles 1143 et 1144 du Code civil.

L'obscurité apparente de l'article 1142 vient de ce que les rédacteurs du Code s'en remettaient, pour son interprétation, aux soins de l'opinion traditionnelle. Si la maxime « *nemo potest* » eut été en langue française, il est probable qu'elle serait passée sans retouche dans l'article 1142 comme la maxime : « En fait de meubles, possession

« vaut titre » ou « Meubles n'ont de suite par hypothèque ». Cette opinion traditionnelle admettait depuis deux siècles l'exécution précise de toutes obligations à une *alicujus rei præstatio* et les tribunaux faisaient couramment exécuter *manu militari* les contrats de dépôt de louage, de gage, etc...

Au surplus, le Code n'avait-il pas posé la règle dans les « Dispositions générales » du chapitre dont fait partie la section qui nous occupe. Bigot-Préameneu dans son exposé des motifs avait insisté sur le droit du créancier à la chose promise elle-même : « Les conventions tiennent « lieu de loi aux parties. Elles obligent à ce qui est ex-
« primé. Elles doivent être exécutées selon leurs forme et
« teneur. Il n'est aucune obligation soit de faire, soit de
« ne pas faire qui ne repose sur des règles fondamentales » (Loché XII p. 326 ou Fenet XIII p. 229).

Dans ces conditions l'article 1142 ne peut pas être considéré comme posant une règle, mais au contraire comme rappelant une exception traditionnelle de notre droit.

Comment les rédacteurs du Code ont-ils compris cette exception, cette limite à l'exécution forcée précise ? Le passage, cité plus haut, extrait du Traité de la Vente de Pothier les exemples donnés par le même auteur sur la destruction des travaux faits par contravention à une obligation de ne pas faire, les articles 1143 et 1144 permettent d'affirmer que l'exécution directe et précise est légalement possible lorsqu'il s'agit de faits pour ainsi dire *fongibles* où la personne du débiteur est indifférente à l'exécution. La

règle juridique : « Promesse de vente vaut vente » prouve que tout au moins l'obligation de consentir à une vente n'est pas une obligation qui doit se résoudre par un équivalent. Rien n'est plus intimement personnel qu'un consentement. L'exception visée par l'article 1142 doit donc être entendue comme l'entendait Pothier dans son traité du Contrat de Louage (666 IV page 29 Ed. Buguet) : « Ce
 « sont (les faits qui font exception à la règle) les faits aux-
 « quels le débiteur ne peut précisément être contraint
 « sans attenter à sa personne où à sa liberté ». « Nous
 « avons observé que la maxime *nemo potest* n'avait d'ap-
 « plication qu'à l'égard des obligations qui ont pour objet
 « quelque acte corporel de la personne du débiteur auquel
 « il ne pouvait être contraint sans qu'on attentât à sa per-
 « sonne où à sa liberté ». Avec une fidélité scrupuleuse,
 « Bigot-Préameneu, dans son Exposé des Motifs, répète :
 « Le motif est que nul ne peut être contraint dans sa per-
 « sonne à faire ou à ne pas faire une chose ; que si cela
 « était possible, ce serait une violence qui ne peut-être
 « un mode d'exécution des contrats ».

Quand la liberté humaine devrait être violée pour fournir au créancier l'exécution de son obligation, elle ne peut être obtenue précisément. Le créancier doit se contenter d'un équivalent. Cette exception n'est pas la seule, cependant. Absorbés par les obligations positives de faire, Pothier et les rédacteurs du Code ne voient pas surgir un obstacle à l'exécution forcée particulièrement fréquent dans les obligations négatives : l'intérêt des tiers. Bien

souvent, le créancier ne pourra obtenir la destruction de l'acte matériel ou juridique qui constitue la contravention dans des hypothèses où il n'y aura ni impossibilité matérielle, ni impossibilité morale de contrainte. Des tiers, par le fait même de la contravention, auraient acquis des droits inconciliables avec la destruction morale ou matérielle. La maxime « *Res inter alios acta alteri neque nocere, neque prodesse potest* » ne permettra pas l'exécution précise de l'obligation (1). — Il ne sera pas toujours permis de déclarer que les actes juridiques consentis par le contrevenant ne sont pas opposables au créancier et quand cette sanction sera possible son efficacité sera souvent douteuse.

Le respect dû à la personne humaine n'est donc pas le seul motif d'une limite à la règle de l'exécution forcée. Bien loin d'être le criterium unique, il ne rend nullement compte des scrupules dont témoigne le législateur dans l'emploi de certains moyens de coercition : L'astreinte exagérée, le séquestre des biens, la nullité des contrats passés avec les tiers au mépris de l'obligation, voilà bien des moyens qui ne portent pas atteinte à la liberté individuelle et dont le débiteur peut être délivré immédiatement par une exécution loyale de ce qu'il doit, car si la chose lui était devenue impossible, l'obligation n'aurait plus pour objet que des dommages-intérêts (1145 et 1146). La théorie qui s'attache au criterium unique de la liberté,

(1) Con. Bordeaux 13 février 1832. — Dal. P. 32. I. 126.

se rend si bien à ces raisons que par besoin d'unité, elle assimile l'usage de ces moyens coercitifs à l'usage de moyens attentatoires à la liberté. Entre le moyen qui consiste à séquestrer une personne pour l'obliger à ne pas faire quelque chose et celui qui consiste à lui enlever la possibilité de contrevenir à son obligation en lui enlevant momentanément par un séquestre la disposition du bien dont elle ferait un usage qu'elle s'est interdit, la différence est trop profonde pour que l'un soit assimilé à l'autre sous l'aspect du respect dû à la liberté humaine. Si ces moyens de coercition violente ne peuvent être admis, la raison ne doit pas en être cherchée dans le respect de la liberté, qui ne se trouve pas directement lésé. C'est la violence du procédé que nous condamnons, en dehors de ces résultats. C'est la force d'une coercition semblable mise au service d'un intérêt privé qui paraît démesurée.

A l'inverse, s'il s'agissait d'un intérêt général l'usage des moyens les plus énergiques serait accepté par le rédacteur du Code : Ne prescrit-il pas la contrainte par corps contre le stellionataire, contre le spoliateur au profit du propriétaire agissant en réintégrande, contre les personnes publiques depositaires de deniers, contre le séquestre pour les choses déposées, contre tous officiers publics pour la représentation de leur minute, contre les notaires, avoués, huissiers pour la restitution des titres à eux confiés et des deniers par eux reçus pour leurs clients, contre ceux qui ont été condamnés à désemparer un fonds ?

Toutes ces personnes ont bien droit, elles aussi, au respect de leur liberté, mais la contrainte par corps, la séquestration de la personne est légale, car les intérêts en jeu sont des intérêts supérieurs : bonne administration de la justice, droit de propriété, etc. . ,

Les droits acquis aux tiers eux aussi sont de faibles obstacles à l'exécution d'une obligation d'intérêt supérieur. Les nullités édictées par la loi rejaillissent sur les tiers de bonne foi dont toute la faute est un manque de clairvoyance ou une erreur de droit.

A plus forte raison, quand il l'estime nécessaire, le Code use-t-il pour briser les résistances individuelles de moyens qui ne blessent pas la liberté ni ne lèsent pas les intérêts des tiers. Ce sont les sanctions pécuniaires, les exécutions directes sur les objets fongibles, la menace des nullités des amendes et des peines.

L'ensemble de nos monuments législatifs dont l'esprit est très clair rend manifeste l'insuffisance du critérium dont nous avons tenté de démontrer l'erreur.

Au surplus, un incident de la rédaction du Code vient encore s'il en est besoin, confirmer cette opinion. On avait proposé en première lecture d'insérer au chapitre du Louage un article rappelant l'exception de l'article 1142 du Code civil. « Si l'individu qui a loué ses services n'exécute pas son engagement, il est condamné à des dommages-intérêts, mais il ne peut être contraint personnellement à l'exécution ». (Fenet t. XIV p. 232, page 275 et p. 288. Après avoir été voté cet article dispa-

rut. Il rappelait cependant, la même exception que l'article 1142 : impossibilité d'obtenir l'exécution forcée directe lorsque la contrainte ne peut s'exercer sans violence attentatoire à la liberté individuelle. Mais il y avait un intérêt supérieur à suspendre l'effet de cette exception. Le législateur n'avait pas hésité à violer la règle de l'article 1142, qui ne concerne que les obligations d'intérêt privé.

La loi du 22 germinal an XI article 12 combiné art. 7, 8 et 9 de l'arrêté du 9 frimaire an XII avait en effet institué pour les ouvriers le régime des livrets. La singularité de ce régime consistait dans l'obligation pour l'ouvrier d'acquitter *par son travail* seulement la dette qu'il pouvait avoir contractée envers son patron à raison d'avances sur son salaire. Cette mesure avait eu un caractère politique. Il avait suffi aux rédacteurs du Code d'apercevoir cet intérêt supérieur, pourtant bien éphémère, pour écarter en cette matière l'application de l'article 1142.

Le débiteur a donc toujours le devoir d'exécuter précisément sa dette. L'intensité de la force coercitive qui détermine la nature des moyens de contrainte, suit une courbe parallèle à la part infiniment variable que prennent les intérêts supérieurs au respect de l'obligation.

CHAPITRE IV

Recherche d'un critérium

Nécessité de la sanction. — Les commandements de la loi doivent être rigoureusement exécutés. Etre obéie dans ses injonctions positives ou négatives, c'est sa raison d'être. Elle ne conseille pas, elle ordonne. Le respect des lois est si nécessaire que toutes les sociétés où ce sentiment se relâche, se dissolvent et tombent en décadence. Il constitue le bien commun à tous les membres de la société. Lorsque cette discipline n'est plus consentie, le corps social retourne à ses éléments originels : chaque individu reprend sa pleine indépendance et il n'y a plus ni peuple, ni nation, ni société, il n'y a plus qu'un troupeau humain.

L'impérieuse nécessité de ne pas attendre de la volonté libre de chaque individu impatient de toutes contraintes, son adhésion au vœu de la loi, a exigé du législateur la prévision de la sanction. Cette sanction sera plus ou moins sévère contre ceux qui contreviennent à ses prescriptions. Mais aussi indispensable que la loi elle-même, elle restera toujours suspendue sur la tête des réfractaires. Il ne s'agit pas, en effet, de règles morales qui s'imposent seulement à

la conscience, mais de règles positives qui doivent avoir une sanction positive.

Intensité de la sanction. — Cette sanction ne doit pas s'appliquer à toutes contraventions avec la même rigueur sa force doit être mesurée sur l'intérêt qui l'oblige à agir, ses moyens doivent être infiniment souples et variés comme les contraventions mêmes quelle doit réprimer.

Energique et brutale pour assurer l'observation des lois qui intéressent l'ordre public, les bonnes mœurs, les lois constitutionnelles, les lois administratives, les lois criminelles, les lois de police, elle atténuera sa violence pour réprimer la désobéissance aux dispositions légales concernant l'état des personnes, l'autorité paternelle, l'autorité maritale, ou la protection des incapables. Lorsque des intérêts privés seront principalement en jeu, elle se fera leur auxiliaire précieux mais ne prendra pas l'initiative de l'action. Quelques fois même, ses effets ne seront accordés que partiellement pour protéger l'exécution volontaire contre tout retour de volonté du débiteur. C'est le cas exceptionnel des obligations naturelles ou des lois imparfaites.

Obligation d'ordre public et d'ordre privé. — Que doit-on entendre par ces mots « l'ordre public » — « l'intérêt public » auxquels la loi veille avec un soin si jaloux, qu'elle sanctionne avec tant de vigueur ?

Existent-ils des lois d'intérêt purement privé qui puissent s'opposer systématiquement à ces lois d'intérêt public ? L'article 6 permettrait d'affirmer la réalité de

l'existence de cette classification : « On ne peut déroger
« par des conventions particulières aux lois qui intéressent
« l'ordre public et les bonnes mœurs » Il en résulte par
a contrario que certaines lois n'intéressent ni l'ordre
public, ni les bonnes mœurs. Cependant, la réflexion ne
permet pas d'admettre l'existence de ces lois d'intérêt
privé. L'ordre public, c'est le bien commun, l'intérêt gé-
néral, l'intérêt du corps social. Peut-il exister des lois qui
en ce sens ne soient pas des lois d'ordre public ? Certaines
dispositions légales paraissent faites dans un intérêt privé
par exemple celles stipulant certains droits au profit du
propriétaire d'un fonds enclavé. L'intérêt n'est indivi-
duel qu'en apparence. Chaque individu peut éventuel-
lement devenir intéressé à l'exercice de ce droit et si cha-
que porteur d'un billet de loterie a intérêt à ce que le prix
du lot à gagner ne soit pas diverti, on peut dire que les
mesures prises par un seul porteur pour éviter son diver-
tissement sont prises dans un intérêt commun. Sous cette
apparence d'intérêt privé que revêt la servitude d'enclave
elle se classe cependant dans les obligations d'intérêt
général.

Il faut donc ramener la division des lois en lois d'intérêt
public et lois d'intérêt privé à la division des lois qui
sont d'un intérêt social plus considérable et en loi d'in-
térêt social moins considérable. Et pour les distinguer, il
est commode d'user de la formule suivante empruntée à
la théorie des nullités : « *Primario spectant utilitatem
publicam, secundario privatam* » « *Primario spectant utili-*

tatem privatam, secundum publicam ».

En résumé, toute prescription légale possédera un intérêt public. Cet intérêt public peut se trouver à des degrés différents d'importance et d'intensité.

Selon la mesure dans laquelle l'intérêt public est engagé, la sanction interviendra sans autre motif que le désir du législateur, d'autres fois au contraire elle attendra la sollicitation de l'intérêt privé. Trop souvent l'action publique ne s'exerce pratiquement que si les intérêts particuliers s'émeuvent et veulent bien courir le risque d'un injuste retour de la loi. Les magistrats chargés de la répression des délits obéissent au sentiment très légitime du respect de la liberté humaine, qui doit animer ceux qui ont la lourde responsabilité de mettre en œuvre l'action publique. (1)

La part prise par l'intérêt public au respect d'une prescription légale ne se déduira pas de ce que l'obligation résultera d'un texte de la loi ou de la lettre d'un contrat. Beaucoup de textes législatifs sont supplétifs de la volonté des parties contractantes (en matière de louage notamment). Ils réparent les omissions des parties. Ils interprètent leurs volontés. Certaines conventions privées ont au contraire un intérêt d'ordre public. L'ordre public qui n'avait pas d'intérêt à la création de l'obligation est engagé lorsque cette obligation est née. Qu'un immeuble appartienne à *Primus* ou à *Secundus*, peu importe à l'intérêt

(1) Il est utile de signaler en passant cet exemple pratique du respect dû à la liberté humaine.

général. Mais lorsque *Primus* a vendu son immeuble à *Secundus*, l'ordre public a intérêt à faire respecter le droit de propriété à l'égard de tous et même de *Primus*.

Examen des textes. — L'influence du rôle que joue dans la sanction, l'intérêt public rend indispensable un examen de nos textes législatifs qui nous permettra d'apprécier à quel degré se rencontre l'intérêt public et à en déduire quelles doivent en être les sanctions, ou à l'inverse nous permettra par la connaissance des sanctions d'en déduire le degré d'intérêt public. Sur le confin des sanctions civiles et des sanctions pénales, sont situées un certain nombre de prohibitions qui ont pour caractère commun d'être édictées dans un intérêt supérieur. Lorsque le Code pénal est muet sur la répression des infractions, le Droit civil prononce toujours la sanction de la nullité et non pas cette nullité relative qui est moins une nullité qu'une faculté réservée par la loi à certaines personnes couvertes de sa protection, mais une nullité de plein droit, qui réduisent l'acte à l'inexistence, ouverte à tous et que nul consentement ne peut couvrir. La rigueur de la répression se justifie dans ces hypothèses par l'intérêt de l'ordre public au sens le plus large et le plus impersonnel, qui s'y trouve engagé.

L'intérêt économique légitime également bien des mesures de rigueur. La loi veille avec un soin jaloux sur la moralité publique. La sécurité et la salubrité publiques servent de motifs à d'innombrables prohibitions législatives sanctionnées par l'exécution directe et par des peines.

L'institution de la famille est protégée sous le nom d'autorité maritale, d'autorité paternelle, d'inaliénabilité dotale, par des sanctions mesurées sur son intérêt social par un cortège de nullités, d'interventions *manu militari*, et même par la détention.

La bonne administration et le respect de la justice se trouvent assurés par de multiples nullités de procédure.

La loi prend souci de protéger certaines personnes en édictant dans leur intérêt des incapacités de protection. Elle protège les contractants que l'inexpérience, la crédulité, le besoin, contre certaines conventions contraires à l'équité. Mais ici ce sont des mesures édictées surtout dans l'intérêt des particuliers. D'absolues qu'elles étaient, les nullités sont devenues relatives. Elle ne profite qu'à certains, elles peuvent se couvrir, bien plus elles se prescrivent. Avec l'amoindrissement de l'intérêt public, la force coercitive s'est retirée progressivement. Et cet intérêt public n'existe plus que dans la mesure où s'émeut l'intérêt privé.

Cette énergie obligatoire de la loi devient presque impalpable dans les dispositions de lois qui sont simplement supplétives de la volonté des parties et où l'intérêt est presque purement privé. Le bailleur, le preneur manquent-ils à leurs engagements réciproques? La loi prévoit la résiliation, la diminution de loyers. Il n'est plus question d'exécution directe *manu militari*, d'amendes, de contrainte par corps, de déchéance, de nullité. La loi n'y songe pas. La sanction pécuniaire dans de telles

hypothèses doit suffire. La force coercitive n'interviendra que pour exécuter la décision de justice, obtenir le paiement des dommages intérêts, ou pour expulser le preneur. Mais qu'on n'y prenne bien garde, ce n'est pas en vertu d'une obligation du bail que l'on portera la main sur la personne du débiteur, mais en vertu de l'obligation de ne pas troubler le droit de propriété. C'est le propriétaire et non pas le bailleur qui requiert et fait exécuter l'expulsion.

Lorsque nous nous trouvons transportés sur le terrain contractuel, les règles que nous avons observées dans les textes législatifs ne cessent pas d'être exactement applicables. La force coercitive de la lettre d'un contrat comme celle des prescriptions de la loi sera plus ou moins considérable selon la mesure que l'intérêt public prendra à l'exactitude de son observation.

Et cette différence de traitement des obligations d'intérêt public ou d'intérêt privé, quelle qu'en soit la source est pleinement justifiée. Le mariage et la vente qui sont des contrats purement conventionnels engendrent des obligations d'ordre public.

« En se plaçant au point de vue des obligations à sanctionner, dit M. Meynial, (1) on peut remarquer qu'il est des devoirs à l'exécution desquels la société est essentiellement intéressée et qui assurent son maintien. Il en est d'autres au contraire dont l'inexécution ou une

(1) Revue pratique op. cit.

« exécution différente de celle qui est due ne porte atteinte
« qu'indirectement à l'ordre public et au sujet desquelles
« par conséquent la société peut sans danger se départir
« de la rigueur du droit absolu. La première catégorie
« comprend les obligations légales, la seconde les obligations conventionnelles..... Comment pourrait-on refuser
« à la Société le droit d'exiger de ses membres tel sacrifice
« déterminé quand il est admis que ce sacrifice est nécessaire? Par cela seul que l'obligation légale est créée, elle
« doit être exécutée et doit l'être comme le législateur l'a
« voulu. Pour obtenir cette exécution directe, on violera
« au besoin la liberté individuelle. Prétendre que le souci
« de cette liberté doit l'emporter sur l'intérêt social, c'est
« refuser à la société le droit de vie. En effet, il suffirait
« pour la détruire de la volonté d'un seul de ses membres
« puisqu'en cas d'attentat contre elle, la liberté individuelle du contrat la soustrairait à une contrainte quelconque.»

S'il n'est pas nécessaire d'ajouter un mot à ces excellentes raisons pour justifier la différence dans l'énergie de la sanction selon l'ordre des intérêts mis en jeu, il est nécessaire d'insister à nouveau sur l'indifférence de l'origine légale ou contractuelle des obligations.

La jurisprudence fait d'ailleurs application de ces principes. Dans un arrêt du 8 Juin 1896, la Cour de Cassation (Ch. des req. D.P., 97, 1, 463.) a confirmé un arrêt de la Cour de Bordeaux qui s'exprimait ainsi : « Attendu que
« l'obligation imposée à l'épouse coupable d'effectuer cette

« remise dans un délai préfixé n'est en raison de sa cause
 « de son objet et de ses effets essentiellement *moraux et*
 « *d'ordre public*, une obligation susceptible d'être acquittée,
 « rachetée ou éteinte autrement que par l'acte prescrit
 « par le juge ; que par suite l'inexécution de cette obliga-
 « tion réclame *d'autres sanctions que celles de l'article 1142*
 « *et 1147* ont édictées pour les obligations de faire résul-
 « tant des contrats consensuels sinon quant au principe
 « de la réparation du moins quant à sa modalité. Or atten-
 « du que dans la matière des quasi-délits, les tribunaux
 « sont *souverains appréciateurs des sanctions à édicter* soit
 « pour réparer le préjudice dans le passé, soit pour empê-
 « cher à l'avenir la continuation du fait illicite ; qu'ils
 « peuvent suivant la nature du fait, du degré de la faute
 « recourir exceptionnellement à *des moyens de coercition*
 « calculés d'après la durée et l'intensité de la résistance ;
 « que ce pouvoir protecteur inhérent à la mission tutélaire
 « confiée au tuteur au sujet de l'éducation des enfants doit
 « être d'autant plus libre dans son exercice que les déci-
 « sions sont toujours provisionnelles et révocables.... »

C'est le même langage que tient la Cour de Paris dans l'affaire de la Princesse de Beauffremont : « Attendu que la
 « Princesse de Beauffremont n'est pas liée par un devoir
 « essentiel *qui naisse du mariage* et qui justifierait des
 « *mesures exceptionnelles* ; que la Princesse doit être
 « considérée comme *simple débitrice d'argent*. Considé-
 « rant qu'en réduisant à *de simples dommages intérêts*, il
 « convient de **proportionner** à la résistance qu'il s'agit

« de vaincre et au dommage à réparer ainsi qu'à l'importance des revenus dont la saisie-arrêt est réclamée... » Cet arrêt du 7 Août 1876 repoussait le séquestre ordonné par le tribunal de la Seine, pour cette raison qu'il ne s'agissait pas d'un intérêt supérieur. La Princesse n'ayant pas exécuté l'arrêt, la Cour n'hésita pas à liquider l'astreinte de 500 fr. pendant un mois et de 1000 fr. pendant le second mois de résistance. De plus, comme la débitrice s'est montrée rebelle aux ordres de la justice, le ton de l'arrêt s'élève et sa menace aboutit à la spoliation du justiciable récalcitrant : « En présence de la résistance qu'il s'agit de vaincre, dit le 2^e Arrêt du 13 février 1877, la justice doit d'autant moins hésiter à recourir à une contrainte pécuniaire d'une durée égale à celle de l'obligation qu'il dépend de la Princesse de Beauffremont d'en prévenir ou arrêter les effets par la soumission aux ordres de justice ». Et la Cour prononce une astreinte de 1000 fr. par jour de retard sans impartir de délai passé lequel il serait à nouveau fait droit.

Lorsque l'autorité maritale, ou la moralité sont en jeu, les sanctions sont précises et énergiques. L'usage de la violence est permis contre la femme mariée qui ne veut pas réintégrer le domicile conjugal, contre les complices d'adultère qui persistent à vivre sous le même toit (DP. 1863, 2. 93, DP. 1864. 3. 46) L'exécution de la loi est encore rigoureuse dans toutes les hypothèses où l'intérêt public est engagé (DP. 1840, 1, 374, 1840, 1, 376, 1840, 1, 392). Dans les hypothèses où le respect de l'obligation n'intéresse que

l'ordre privé, la loi est plus patiente et repousse fréquemment l'exécution précise. Le président du tribunal civil de la Seine ayant rendu une ordonnance de référé interdisant la réunion d'une assemblée générale d'une société anonyme, la Cour réforma cette ordonnance dans ces termes :

« Attendu que le droit de réunir ou d'interdire une
« assemblée générale est une obligation de faire ou de ne
« pas faire qui doit en principe aux termes de l'article 1142
« se résoudre en dommages-intérêts ; qu'il n'y avait donc
« pas lieu dans ces conditions d'autoriser l'emploi de la
« force publique par voie de référé. PCM. Dit qu'il n'y avait
« lieu à référé » Lorsqu'un acteur prend l'engagement de
ne pas jouer sur des scènes déterminées, le créancier de
l'abstention n'a contre son débiteur que la ressource des
dommages-intérêts et de l'astreinte (Cour de Paris 21
Avril 1896, DP, 1897, 2, 177.) La dette est parfois annulée
lorsque la contravention à l'obligation doit servir un inté-
rêt supérieur (Ch des req, 3 Décembre 1890, DP. 90, 1,
128, Civ, 1904, DP, 1904, 1, 271).

La jurisprudence des référés est encore plus précise et plus concluante. L'article 806 du Code de procédure civile ouvre la voie du référé 1° en cas d'urgence, 2° lorsqu'il s'agit de difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire, c'est-à-dire d'un acte authentique ou d'un jugement revêtu de la forme exécutoire.

Le juge des référés est donc appelé fréquemment à trouver la sanction utile, efficace et immédiate des décisions de justice. Son intervention mérite d'autant plus d'atten-

tion qu'il ne peut statuer comme le jugement d'une façon vague et imprécise sur le mode d'exécution de la décision de justice. Lorsque les parties comparaissent devant lui la question du droit est théoriquement résolue et le juge n'en garde pas la préoccupation. Seule la difficulté d'exécution lui est soumise ; c'est elle seule qui doit faire l'objet de sa décision. C'est lui qui tranche les différends des parties en ce qui concerne la précision de l'exécution beaucoup plus que les tribunaux. Sa décision est provisoire, elle n'a pas l'autorité de la chose jugée. De là, résulte cette double conséquence que sa décision peut être rapportée par la Cour statuant sous les mêmes réserves que le président, annihilée par le tribunal statuant au principal et sur le fond du droit. Il en découle encore que les parties lésées par l'exécution d'une ordonnance, de référé pourront actionner leurs adversaires qui, trop pressés d'user d'un succès éphémère et fragile ont pris sur eux d'exécuter à leurs risques l'ordonnance surprise à la religion du juge. Qu'importe que l'exécution soit accomplie à tort ou à raison : elle est accomplie. Les parties reviennent rarement sur une exécution sous le prétexte que le mode prescrit par le juge des référés n'était pas le mode convenable. De plus, bien des décisions provisoires qui renvoient scrupuleusement les parties au principal dans la forme, portent au fond préjudice au principal. Ajoutons que le juge des référés n'a pas la faculté de choisir entre les deux grands modes d'exécution : exécution directe et exécution par équivalent. Aucune de ses

décisions n'aura le caractère hybride de certaines condamnations qui rend difficile l'interprétation de certains jugements.

Lorsqu'un intérêt supérieur est engagé ; le juge des référés prescrit une sanction précise (Insécurité DP, 1830, 2, 75, Cass 17 mars 1903, *Gaz. Trib.*, 25 juillet 1903. *Le Droit*, 29 juillet 1903. S, 1903, 1, 412, *Gaz. Pal.*, 1892, 2, supp, 25. Moralité, 27 Août 1878, S. 1879, 2, 16, Paris 15 janvier 1878. Bull. de Paris 1878, p, 2. DP 1878, 2, 180. 8 fev, 1883. S, 84, 2, 68, DP, 84, 2, 32. 8 mai 95, Pand. fr. 1896, 2, 8, *Journal des av.* 1895, p. 376. S, 1895, 2, 208, DP, 95, 2, 328. Paris 4 Juin 1889. *Gaz. Pal.* 1889, 2, 427. Salubrité. *Journal des av.*, 1874, f, 467. Propriété de Belleyrne 2, p, 139. Agnel. *Code des propriétaires et des locataires* N° 794 et 992. Bioche V° Lieux (Expulsion de C.) N° 12. Paris 15 janv. 1873. Bull, arr, Paris 1873, p, 33. Bordeaux 23 Août 1867. *Journal des av.* 1868, p, 134. DP, 1867, 5, 379. Sir 1900, 1, 102. DP, 1900, 1, 103. Bonne administration de la justice DP, 87, 3. 96. Droit réel de servitude, Cour de Paris 26 juin 1854. Paris 1^e Ch, 19 Déc, 1835. Paris 2^e Ch, 12 Déc, 1892, Paris 2^e Ch, 24 janvier, 1839). On rencontre fréquemment dans ces décisions les expressions suivantes ou leur équivalent. « Considérant que (le scandale) rend urgentes « dans l'intérêt de l'ordre public et des bonnes mœurs « certaines mesures propres à (le) faire cesser ». (S, 79, 2, 16). Toujours l'ordonnance prend pour motif de la décision une des raisons dont nous avons fait des rubriques

dans la jurisprudence que nous avons citée : salubrité, sécurité, etc... A l'inverse lorsqu'il n'y a pas d'intérêt supérieur engagé directement, la sanction précise est refusée lorsque l'emploi de la violence ne serait pas justifié : (*Le Droit*, 14 Déc, 1887) (*La Loi*, 22 nov, 97).

La jurisprudence des référés confirme donc pleinement et éclaire le sens de la jurisprudence.

L'intérêt de l'étude des textes et de la jurisprudence est de nous permettre de distinguer l'ordre public de l'ordre privé. Est d'ordre privé tout ce qui n'est pas d'ordre public. Est d'ordre public tout ce qui touche à l'ordre public exclusivement proprement dit, aux bonnes mœurs, aux grands intérêts économiques telles que nous les avons vus, à la moralité, à la salubrité, à la sécurité, à l'institution de la famille. Est d'ordre public mais à un degré inférieur tout ce qui touche à la protection des individus pris isolément.

La force coercitive de la loi possède des degrés d'intensité qui se mesurent sur l'intérêt public qu'elle attache à chacune de ses dispositions.

Pratiquement, c'est au juge qui n'est pas seulement un arbitre, mais encore un magistrat revêtu de l'impérum dépositaire du pouvoir législatif et d'une parcelle du pouvoir administratif, qu'il appartient d'apprécier dans quelle mesure l'intérêt public est engagé et de quelle force de coercition il doit user. Sa sagesse doit résoudre les conflits des intérêts supérieurs et sa science du droit doit lui faire connaître dans quel ordre de préférence s'échelonnent ces

intérêts: il sait par exemple, que l'utilité publique l'emporte sur l'inviolabilité de la propriété (expropriation-alignement) il sait que le salut de la défense nationale l'emporte sur l'autorité paternelle (374) C'est à lui de peser les intérêts, d'en trouver la hiérarchie. L'évolution perpétuelle du droit, des mœurs, des sciences n'est pas faite pour simplifier et rendre moins ardue cette tâche déjà singulièrement délicate.

DEUXIÈME PARTIE

SON APPLICATION

Objet de la Condamnation
Exécution de la Condamnation

OBJET DE LA CONDAMNATION

CHAPITRE PREMIER

Sur quoi porte la condamnation

Le créancier d'une obligation a, en principe, droit à l'abstention promise. Il peut arriver qu'elle ne puisse être exécutée précisément comme elle devait l'être. Ce sont des cas d'impossibilité matérielle qui n'ont pas d'influence sur le droit du créancier. Une différence de nature distingue profondément ce que le créancier a le droit d'obtenir et ce qu'il obtient. L'un est dans le rapport de l'autre, comme le droit s'oppose au fait.

Le créancier a droit à l'objet précis de sa créance. L'article 1134 le dit clairement : « Les conventions légalement « formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites... « Elles doivent être exécutées de bonne foi. » L'article 1184 le confirme : « La partie envers laquelle l'engage- « ment n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre « à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ou « d'en demander la résolution avec des dommages et in- « térêts. » Dans les obligations de ne pas faire, c'est

l'abstention même qui est due ; le débiteur ne peut sauf le cas de clause pénale, racheter son obligation par le versement d'une somme d'argent. L'abstention est *in obligatione* et non pas *in facultate*.

Notre droit s'oppose donc sur ce point au droit romain. Le créancier à Rome agissait sagement en prenant la précaution d'évaluer d'accord avec son adversaire la valeur de l'abstention promise et d'insérer une clause pénale et accessoire à l'obligation principale, qui n'aurait pu se suffire à elle-même dans l'hypothèse de l'inexécution. On avait admis que la promesse d'une abstention était valable, mais en supposant que le créancier n'avait eu en vue qu'un intérêt pécuniaire susceptible d'évaluation. L'abstention promise d'une part, la somme stipulée ou l'intérêt pécuniaire d'autre part étaient les deux objets d'une même obligation, l'un dû à titre principal, l'autre à titre accessoire, mais capables tous les deux du même pouvoir de libération. Le créancier n'avait donc aucune raison de refuser les offres libératoires faites par le débiteur de l'abstention. S'il agissait en justice il ne pouvait réclamer qu'une somme d'argent. Par contre et ceci tient, non pas au contenu de l'obligation d'abstention, mais à l'effet novatoire de la *litis contestatio* qui transmuait toutes les créances en créances pécuniaires, le débiteur perdait la faculté de se libérer par l'abstention du fait.

Que subsiste-t-il de ce principe dans notre droit français ? Avons-nous besoin comme dans le droit romain de tout apprécier en argent, de tout ramener à une commune

mesure ? La raison suffirait à démontrer ce que la solution romaine aurait d'illogique et d'anachronique au milieu de nos idées modernes. Les obligations doivent être exécutées et de bonne foi dit l'article 1134, c'est-à-dire qu'elles doivent être exécutées telles que les ont entendues les parties. Offrir une somme d'argent pour se délier de l'abstention promise, alors que les parties ont eu en vue l'exécution précise à l'exclusion de tout équivalent c'est user de mauvaise foi. L'expression de ce principe se trouve non seulement dans l'article 1134 mais encore dans l'article 1184. Nos mœurs et l'ensemble du sentiment général sont les meilleures preuves de la déchéance du principe romain. La doctrine sur ce point est unanime depuis Dumoulin et Pothier jusqu'aux derniers commentateurs du Code civil. Certains auteurs paraissent, il est vrai, s'écarter de l'opinion commune. Larombière enseigne par exemple, que toutes les obligations de faire et de ne pas faire se résolvent fatalement en dommages-intérêts. Aubry et Rau et Demolombe limitent la résolution obligatoire en dommages-intérêts aux obligations ayant un objet non fongible. En réalité, ces auteurs ne sont nullement des dissidents au point de vue de l'objet de l'obligation. Rien n'est plus visible que leur ralliement à l'unanimité de la doctrine, dès que l'on fait la distinction entre l'objet de l'obligation et son exécution. Voici, en effet, comment s'exprime Larombière, après avoir cité des cas où l'exécution est matériellement impossible : « Ce n'est pas que toute obligation de faire ou

« de ne pas faire constitue une obligation alternative, dont
« le double objet soit la chose promise ou des dommages-
« intérêts. Les dommages-intérêts ne sont que *la compen-*
« *sation*, l'équivalent du dommage causé par le défaut
« d'exécution d'où la conséquence que le débiteur ne fe-
« rait pas d'offres satisfactoires en offrant à son créancier
« une somme de... à titre de dommages-intérêts pour se
« dispenser de faire ce qu'il a promis ou de ne pas faire
« ce qu'il doit omettre ». Les astreintes mêmes pour obtenir l'exécution précise sont admises comme légales par cet auteur. Demolombe après avoir examiné si les obligations de faire ou de ne pas faire sont des obligations uniques ou des obligations facultatives conclut : « La seule
« chose que puisse demander le créancier, c'est l'abstention;
« ce que peut offrir le créancier, c'est l'abstention. » Aubry et Rau admettent l'usage des astreintes dans le cas où le débiteur refuse l'accomplissement de son obligation.

Toute obligation doit être remplie telle qu'elle a été contractée : cela est de l'essence des obligations. Il faut poser en principe, que celui qui a stipulé une abstention a droit à cette abstention même.

CHAPITRE II

Le Contenu de la condamnation

CE QUE LE CRÉANCIER PEUT EXIGER. — CE QUE LE DÉBITEUR
PEUT OFFRIR

Ordre public. — Cette affirmation est absolument vraie pour les obligations d'intérêt supérieur. Lorsque la loi a prohibé certains actes, le créancier qui se prévaut de la loi a le droit d'exiger du débiteur une exécution minutieusement précise.

Le juge doit lui prêter au besoin le secours de la force armée. A l'inverse il n'est pas permis au créancier de s'adresser à la justice pour obtenir un équivalent en argent de la chose due. Le scandale de telles compromissions rejallirait sur la justice. Voit-on un époux ou un père trafiquant avec la complicité de la justice de son autorité maritale ou de son autorité paternelle ?

Pour des raisons identiques le débiteur est tenu de se soumettre au vœu de la loi et d'offrir l'exécution précise de sa dette. La moralité ne permettrait pas qu'une femme put racheter à prix d'argent son devoir de fidélité, ou un fils l'obligation de cohabiter avec son père.

Ordre privé. — Le principe posé sur l'identité de la chose promise et de la chose due est tout aussi exact pour les obligations d'ordre privé, mais les exceptions qui dérivent d'ailleurs de la nature négative des obligations de ne pas faire, sont si nombreuses qu'il n'en conserve plus pour ainsi dire qu'une existence théorique.

Pour bien saisir ces exceptions, il est nécessaire de classer les obligations négatives selon que leur objet est une abstention unique dans le temps ou une abstention prolongée, ou si l'on aime mieux selon que la contravention sera consommée par un fait unique ou ne le sera que par la répétition de certains faits. L'obligation de ne pas jouer au Théâtre Français tel jour serait une obligation à abstention unique. L'obligation de ne pas ouvrir une maison de commerce, de ne pas bâtir seraient des obligations à abstention prolongée.

Cette classification n'a d'autre intérêt que de faire saisir de quelle fréquence seront les exceptions au principe de l'exécution précise. Chaque fois, en effet, que le débiteur d'une abstention unique contreviendra à son obligation, il ne peut être question pour le créancier de demander, pour le débiteur de fournir la chose due. Or, chaque fois que le créancier s'adressera à justice en se prévalant de sa créance, il en sera forcément ainsi, puisque l'accès du prétoire ne lui est permis que par l'effet de la contravention. Si l'obligation préexistait à la contravention, en effet, il n'en est pas moins vrai que c'est de cette contravention qu'est née l'ac-

tion du créancier. Nous sommes donc par la force des choses transportés du domaine de la coercition dans le domaine de la réparation. Puisqu'il s'agit de réparer, que peut demander le créancier? Une réparation, un équivalent. Les tribunaux s'ingénieront à le trouver le plus adequat possible aux effets qu'aurait pu produire l'abstention, mais il leur sera impossible de faire que ce qui a été n'ait pas été. La Cour de Douai motive dans ces termes un arrêt du 7 décembre 1881 (D. P. 82. 2. 112): « Attendu que « cette règle (l'article 1145) puisée par le législateur dans « la nature même des choses ne fut-elle pas écrite dans la « loi s'imposerait encore au magistrat puisque du moment « où la chose défendue a été faite, il n'est plus au pouvoir « du débiteur d'exécuter son obligation dont la violation « se trouve irrévocablement consommée et n'a plus d'au- « tre réparation possible que les dommages-intérêts à « fixer par le juge ou à déterminer par le contrat. »

S'il s'agit d'une obligation tendant à une abstention prolongée comme celle de ne pas engager ses services dans une maison concurrente, de ne pas ouvrir une maison de commerce, les parties ont prévu non pas l'abstention d'un seul jour, mais une abstention prolongée. Par suite une contravention d'un jour ne pourra être traitée comme contravention formelle, décisive, indiscutable. On peut considérer que ce qui reste à courir de l'abstention, c'est l'abstention promise et que les contraventions premières ne sont que des velléités de contravention sans en être la consommation.

Des considérations que nous venons d'exposer, il résulte qu'il faut distinguer au point de vue auquel nous nous plaçons deux sortes d'obligations : les obligations à abstention unique et obligations à abstention prolongée.

Les obligations à abstention prolongée sont seules susceptibles d'exécution directe.

Les obligations à abstention unique ne sont jamais sanctionnées que par un équivalent.

Dans les obligations à abstention unique, le créancier qui ne peut plus demander la chose promise ne peut plus demander en justice qu'un équivalent. Les dommages-intérêts seront de nature à lui donner fréquemment satisfaction. Il peut obtenir la suppression des traces matérielles de la contravention (destruction de constructions. Requête 14 mars 1899. D. P. 99. 1. 445. Chamb. civ. 3 déc. 1890 D. P. 91. 1. 153) ou tout autre équivalent jugé bon par les juges. Mais il est utile d'insérer ici une observation : cette exécution par équivalence, si voisine d'une exécution directe ne pourra être ordonnée que sous la double restriction de ne pas porter atteinte à un intérêt supérieur, et de ne pas transgresser les limites imposées à l'exécution forcée. La destruction des constructions, par exemple, ne sera ordonnée qu'avec une extrême circonspection en raison de l'intérêt économique, à moins que ce ne soit par amour du prochain comme le dit très sérieusement Pothier dans une hypothèse semblable où il repousse à la démolition d'un immeuble, démolition qui seule satisferait le

créancier (cass. civ. 2 fév. 1904 D. P. 1904 1271). De plus, cette exécution ne devra pas léser les intérêts des tiers (Ch. req. 10 avril 1872 D. P. 74-1-35). Si la violation de l'obligation a consisté à concourir à un acte juridique, le créancier pourra obtenir que cet acte lui soit inopposable et il pourra même obtenir dans certains cas une satisfaction plus complète; mais cette solution ne sera possible que sous le bénéfice de la réserve formulée plus haut (Bordeaux, 13 fév. 1832 D. P. 32-2-126). Ainsi, dans toute obligation ayant pour objet une abstention unique, l'action ne naît que par la contravention, et ne peut tendre qu'à la réparation de cette contravention.

L'application du principe est plus heureuse dans les obligations ayant pour objet des abstentions successives. Pour les raisons données plus haut, la contravention n'était pas consommée en un seul temps, le créancier peut obtenir de la justice le respect forcé de l'abstention promise dans l'avenir. Un mur par exemple, est élevé et constitue une contravention à une servitude de prospect. Une maison de commerce est ouverte au mépris d'une prohibition contractuelle. Si le créancier obtient du juge la destruction du mur, la fermeture de la maison de commerce et s'il y a lieu quelques dommages-intérêts pour le retard dans l'exécution, n'obtient-il pas vraiment une satisfaction *siadequate* qu'il est permis d'estimer que le créancier a obtenu l'exécution même de sa créance. La jurisprudence admet fort bien d'ailleurs l'intervention de la force armée pour faire respecter les obligations de ne pas faire de cette

classe. (1862. Cass. D. p. 62. 1. 185).

Le créancier peut toujours demander l'exécution du fait dans de semblables obligations. Mais il arrive qu'il ait le choix de demander l'exécution de l'obligation ou de demander des dommages-intérêts. En matière de contract synallagmatique, il y a lieu de distinguer les obligations principales et les obligations accessoires. Rien n'est plus certain pour les obligations principales du contrat puisque l'article 1184 exprime clairement cette alternative. Mais ce choix existe même pour les obligations accessoires. Lorsque l'exécution de l'obligation est possible le créancier ne peut pas, à l'encontre des dispositions de l'article 1184, demander autre chose que l'abstention même. Subsidiairement et pour le cas d'inexécution, il pourra demander au juge de fixer dès maintenant le chiffre des dommages-intérêts. Lorsque la chose est impossible, au contraire, le créancier a le choix de demander le fait même quoique impossible ou la condamnation de son débiteur à des dommages-intérêts. A l'opinion trop entière qui exigerait la hiérarchie du principal et du subsidiaire dans la demande du créancier, il suffit d'opposer le texte de l'article 1142. Si le créancier a droit dans certains cas à des dommages-intérêts, il a dans ces cas le droit de demander simplement et principalement des dommages-intérêts. Logiquement, par hypothèse, la demande qui tend à une chose impossible est absurde et ne devrait pas être admise. Mais distinguer les cas d'impossibilité est une affaire si délicate pour le juge lui-même

qu'il serait injuste de l'imposer à un justiciable. L'exécution directe entraînera-t-elle une atteinte à la liberté individuelle ou aux droits des tiers ? Pour quelques hypothèses où la réponse serait sûre, combien n'y en aurait-il pas où l'esprit des créanciers peu averti des choses du droit, serait incapable d'opinion.

Ce que le débiteur peut offrir. — Un commerçant s'est engagé à ne pas ouvrir une maison de commerce dans un périmètre déterminé. Son engagement est supposé licite. Peut-il s'adresser à son créancier, lui déclarer qu'il a résolu de contrevenir à son obligation d'abstention et lui offrir une somme d'argent pour le rachat de son obligation ? Pour répondre à cette question, il est indispensable de recourir à la classification des obligations à abstention unique et des obligations à abstention prolongée. Le devoir unique du débiteur est d'acquitter sa dette, de bonne foi telle qu'il l'a contractée. Ce point ne peut faire aucun doute. Mais à l'inverse de notre analyse des droits du créancier et symétriquement, dans les cas où l'exécution forcée est impossible, le débiteur a le choix ou de s'exécuter volontairement ou d'offrir des dommages-intérêts. En offrant des dommages-intérêts, il fera peut-être un choix périlleux et sa procédure d'offres lui restera peut-être à charge si le tribunal estime que l'exécution forcée est possible. Mais cet aléa ne modifie pas son droit. Le débiteur peut faire des offres réelles s'il n'est tenu que d'une obligation de sommes. Et cette métamorphose de l'obligation de ne pas faire en obligation de sommes est sûre dans cer-

taïns cas que nous avons essayé de déterminer : c'est le texte de l'article 1142 qui le dit.

Or il résulte de la nature des choses que l'exécution rencontre en dehors des obstacles résultant du respect des la liberté et de l'intérêt des tiers, un obstacle particulièrement fréquent dans les obligations de ne pas faire. C'est l'impossibilité matérielle de faire exécuter par la force une obligation à abstention unique. Si au contraire, il s'agit d'une obligation d'abstentions successives, cette impossibilité matérielle disparaît et l'exécution forcée directe est permise sous les réserves habituelles de ne léser ni les intérêts supérieurs ni les intérêts de la liberté, ni ceux des tiers. Des considérations qui précèdent, nous tirons cette conclusion que dans l'hypothèse sur laquelle nous avons raisonné, le débiteur ne pourrait offrir de se libérer de son obligation par le versement d'une somme d'argent. Ces offres devraient être invalidées et sa dette exécutée par la fermeture de la maison de commerce. L'exécution précise est, en effet, possible. L'objet de l'obligation ne peut être transformé au gré du débiteur.

CHAPITRE III

Du cas particulier de certaines obligations

Si les règles qui régissent les obligations varient selon leur nature suivant qu'elles sont d'ordre public ou d'ordre privé, elles sont les mêmes pour toutes les obligations d'ordre privé quelle qu'en soit la source. Certains cependant, tiennent à faire une distinction entre les obligations contractuelles d'une part et les obligations délictuelles et quasi délictuelles de l'autre. Ils repoussent quant à ces dernières la légalité d'une exécution précise. A leur sens, toute obligation quasi-délictuelle doit tendre à des dommages-intérêts. Leur opinion se fonde sur l'interprétation du texte même de l'article 1382. « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Toute obligation de ne pas faire se résout en dommages-intérêts. Pour admettre la réparation adéquate et précise du quasi-délit, il faudrait un texte qui fait défaut. Ils renforcent cette argumentation par cette considération qu'il serait bien souvent inutile d'exiger une réparation précise du débiteur. Les

auteurs envisageant une hypothèse classique, compatissent au sort d'un malheureux débiteur qui serait obligé de reconstruire toute neuve une vieille bâtisse dont l'incendie lui a été imputé. On peut même citer un arrêt de la Cour de Paris du 1^{er} avril 1868 (D. p. 68 2. 85) qui s'exprime très sagement ainsi « Considérant que la réparation la plus exacte serait assurément le rétablissement des lieux dans l'état où ils se trouvaient ; mais que « d'une part, cette reconstruction identique est impossible « et que d'autre part, sa reconstruction à neuf aurait pour « conséquence de rendre au propriétaire une chose supérieure en valeur à celle qu'il a perdue et par suite de « l'enrichir aux dépens du débiteur... » déboute le demandeur de ces conclusions tendant à la reconstruction de la maison aux frais du débiteur, qui est condamné à de simples dommages intérêts.

Au point où s'en trouve notre étude, la réfutation de tels arguments est aisée. En premier lieu il n'est pas vrai que toutes les obligations de ne pas faire se résolvent en dommages-intérêts. Par suite, il est inutile qu'un texte déroge expressément à cette règle. Il faut admettre comme vrai au contraire que toutes les obligations d'abstention donnent droit à une abstention effective et non à des dommages-intérêts. Quand au second argument tiré de l'iniquité d'une réparation précise, il se réfute par la même considération. La destruction de la chose par un incendie ne peut donner lieu à une exécution *adequate* et précise, puisque l'obligation tendait à une abstention unique : celle

de ne pas causer l'incendie. Reconstruire la maison, ce sera peut-être anéantir le *résultat* de la contravention, mais non *pas la contravention* même consommée dans une unité de temps.

La part de vérité contenue dans l'opinion combattue consiste dans la grande commodité pour la solution des litiges de faire une évaluation du préjudice pour en attribuer le montant à la partie lésée. Cette liquidation de toute obligation, liquidation laissée à l'arbitraire des juges qui peuvent en fait s'ils la trouvent légitime, tenir illégalement compte d'éléments extra-patrimoniaux, est si ancrée dans nos mœurs, qu'il est excusable d'y voir la panacée universelle qui doit réparer tous les préjudices.

L'exécution directe est, cependant indispensable dans certaines hypothèses. Il faut encore une fois faire deux parts dans les obligations et écarter toutes les violations d'obligation à une abstention unique, où l'exécution directe est impossible. S'agit-il d'obligation qui donne lieu à une contravention étendue et répétée dans le temps ? Le droit et l'équité veulent que le créancier lésé par cet abus puisse demander et obtenir la répression des faits lésifs. Supposez un trouble de fait. L'indemnité la plus large ne suffirait pas à enlever à ce procédé son caractère de trouble de fait dont la répression doit être *adequate* et précise.

Cette solution équitable et juridique se concilie-t-elle avec l'existence des articles 1382 et 1142 du Code civil ? Dans quels rapports se trouvent ces deux articles ?

L'article 1382 suppose l'existence d'obligations d'abs-

tention préexistantes et promet une sanction au créancier éventuel. « Dans telle hypothèse, je condamnerai » dit la loi.

L'article 1142 avertit le lecteur qu'il existe une ou plusieurs exceptions à l'exécution directe. Il vise non pas l'existence du droit mais sa sanction. Il suffit d'ouvrir les yeux pour voir que ces deux textes loin de se combattre se complètent, sont dans le rapport de l'obligation avec la sanction. S'il était permis de conserver quelque incertitude, la jurisprudence lèverait les derniers doutes. La Chambre des requêtes motive dans ces termes un arrêt du 10 juin 1879 (D.P. 80. 1. 419) « Attendu qu'il importe peu que dans un chef relatif à la partie du jugement infirmé, l'arrêt du 7 août 1876 ait mentionné l'article 1142 ; que le principe que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts s'applique à tous les engagements de cette sorte, *indépendamment de leur origine* ; d'où il suit que cette relation à l'article 1142 n'affaiblit et n'obscurcit pas l'ensemble des déclarations de l'arrêt sur la faute domageable dont il réglait la réparation en conformité de l'article 1142. »

Les obligations de ne pas faire, créées par la loi et dont l'article 1382 promet la sanction, ne font pas exception aux règles que nous avons posées au cours de cette étude et sont soumises notamment aux exceptions dont l'article 1142 nous révèlent l'existence.

L'existence de la réparation *adequate* et précise des quasi-délits est d'ailleurs susceptible d'être vérifiée par l'ob-

servation directe. L'examen des textes législatifs et de la jurisprudence nous en fournit la matière.

L'obligation de ne rien faire qui puisse nuire sans droit à autrui de ne pas, notamment, se livrer à une soustraction frauduleuse et celle de ne pas répandre d'imputations calomnieuses rentrent bien, semble-t-il dans le cadre des obligations dont la contravention constituera un quasi-délit et sera par suite sanctionnée par l'article 1382. D'une part, c'est le cas du recel par l'un des héritiers. Que dit l'article 792 ? Dispose-t-il qu'une évaluation sera faite de l'objet soustrait au partage ? Il prescrit tout au contraire la *restitution* d'abord et en second lieu, il prescrit deux peines : la déchéance de la faculté de renoncer et des droits de copartageant sur les choses diverties ou recélées. D'autre part, c'est le cas, de tous écrits injurieux, répandus par la presse, ou par tout autre procédé de divulgation. Le Code de procédure accorde-t-il à la partie lésée une simple et inutile somme d'argent ? Tout en laissant au juge le soin d'accorder au créancier la réparation pécuniaire du préjudice pécuniaire il édicte pour réparer moralement le préjudice moral, les dispositions suivantes : « Les tribunaux suivant la gravité des circonstances, pourront dans les causes dont ils seront saisis, « prononcer, même d'office des injonctions, supprimer des « écrits les déclarer calomnieux et ordonner l'impression « et l'affiche de leurs jugements. » La loi du 5 Juillet 1844 et la loi sur la presse de 1881 contiennent des textes semblables. Ces solutions sont si logiques, si pleines de bon

le point qui nous occupe. La Chambre des requêtes rend un arrêt le 8 juin 1896 (D. P., 97, 1.463) sur un procès en restitution d'un enfant à la surveillance du père. Nous ne retenons pas la solution qui n'est pas douteuse, puisqu'il s'agit, dit la Cour d'obligation d'ordre public, mais les principes qu'elle pose sur les sanctions en matière quasi-délictuelles. « Or attendu que dans la matière des quasi-délits les tribunaux sont souverains appréciateurs des sanctions à édicter soit pour réparer le préjudice dans le passé, soit pour empêcher à l'avenir la continuation du fait illicite qu'ils peuvent suivant la nature du fait, du degré de la faute recourir exceptionnellement à des moyens de coercition calculés d'après la durée et l'intensité de la résistance ». L'avant-veille du jour où était rendu cet arrêt, le 6 juin 1896 (D. P., 97, t. 73), la même Chambre des requêtes statuant sur un pourvoi qui protestait contre la condamnation à une insertion de l'arrêt de la Cour dans un journal, comme contraire à la règle « *Nemo potest* » motivait son rejet dans ces termes : « Attendu que les articles 1142 et 1149 ont pour objet de « sanctionner les engagements contractuels et que la Cour « n'a pu les violer en statuant sur la réparation du dommage causé par un délit. P. C. M. Rejette ». Sans doute le rédacteur de l'arrêt a-t-il commis une étourderie en affirmant si bénévolement que l'article 1142 s'appliquait uniquement aux obligations contractuelles, et ce motif unique de son espèce ne doit pas entraîner un revirement de notre opinion sur un point déjà débattu. La Cour n'en

a pas moins affirmé par le rejet du pourvoi que la Cour pouvait accorder au créancier une satisfaction *adequate* qui ne consiste pas en dommages-intérêts. La conclusion qui s'impose est donc la suivante : Dans notre droit, celui qui est créancier en vertu d'un quasi-délit ne se trouve pas obligatoirement et toujours satisfait par un équivalent pécuniaire.

EXÉCUTION DE LA CONDAMNATION

Après avoir dégagé le *criterium* de la sanction et avoir recherché l'objet de la condamnation, il convient d'étudier comment cette condamnation sera exécutée.

L'exécution forcée se heurtera bien souvent à une difficulté matérielle propre aux obligations de ne pas faire. L'action en réparation naît de la contravention. Antérieurement à celle-ci, celle-là n'existe qu'en puissance. Il en résulte que si l'obligation tend à une abstention unique, l'action ne tendra qu'à une réparation par équivalent. Si au contraire, l'obligation a pour objet une abstention successive, l'action peut tendre à une exécution précise. La Cour de Douai dans un arrêt déjà rapporté, (7 décembre 81, D. P., 82, 2, 412) exprime ainsi cette idée : « Attendu « que cette règle (l'art. 1145) puisé par le législateur dans « la nature même des choses s'imposerait encore au « magistrat puisqu'au moment où la chose défendue a été « faite, il n'est plus au pouvoir du débiteur d'exécuter son

« obligation dont la violation se trouve irrévocablement
« consommée et n'a plus d'autre réparation possible que
« les dommages-intérêts à fixer par le juge ou à détermi-
« ner par le contrat ».

Les obligations qui tendent à une abstention prolongée sont donc seules susceptibles d'une exécution directe.

Une objection peut cependant être faite dans l'hypothèse où il s'agit d'obligations ayant un objet fongible. Un propriétaire est tenu de ne pas élever un mur. Son obligation tend à une abstention successive, car les parties ont moins en vue le fait de bâtir le mur qui peut se renfermer dans une unité de temps que l'existence du mur qui peut être prolongée durant un temps prolongé. Mais si l'on ne se rallie pas à cette opinion et que l'on considère à tort selon nous, qu'il y a uniquement une obligation à abstention unique, on pourrait dire: « Lorsque le créancier du tribunal obtient en vertu de l'article 1143 la destruction du mur et fait exécuter le travail par les ouvriers de son choix, il est évident que le créancier obtient une satisfaction *adequate*. Il y a donc exécution forcée dans un cas d'obligation d'abstention unique. »

Ce raisonnement serait irréfutable s'il était admis que l'exécution doit s'apprécier du côté du créancier et non du côté du débiteur. Nous estimons qu'en matière d'exécution cette exécution doit s'apprécier du côté du débiteur. L'article 1142 subordonne la condamnation des dommages-intérêts l'inexécution par le débiteur. L'article 1144 en laissant au tribunal la faculté d'exécuter l'acte fongible ou de con-

damner aux dépens fixe un point obscur de l'article précédent et indique bien qu'il n'y a qu'un équivalent dans l'article 1143. Et s'il n'y a qu'un équivalent pour le créancier, c'est que le débiteur ne paye pas précisément sa dette. Les travaux préparatoires, de leur côté, ne permettent pas d'appuyer aucune de ces deux opinions. Mais un passage du traité du Louage de Pothier n° 422, confirme clairement qu'il convient de voir dans cette exécution de l'article 1143 qu'une exécution par équivalent. « On peut souvent ordonner que faute par le conducteur de faire commencer dans un tel temps l'ouvrage et de le parachever dans un tel temps, le locateur sera autorisé à faire marché avec un autre pour faire l'ouvrage et on condamne le premier conducteur à payer *par forme de dommages-intérêts* ce qu'il coûtera de plus par le deuxième marché que le prix convenu par le premier ». Dans ces conditions, l'exécution n'a donc lieu que par équivalent. et il se confirme que l'exécution forcée directe a lieu seulement pour sanctionner les obligations tendant à des abstentions successives.

Les obligations susceptibles d'exécution directe ayant été déterminées, il convient d'aborder l'étude de cette exécution. La distinction des obligations, en obligations d'ordre public et en obligations d'ordre privé, doit être faite ici comme nous l'avons faite dans tout le cours de cet ouvrage.

Cas où un intérêt supérieur est engagé

Lorsqu'un intérêt supérieur: respect des droits réels, moralité, sécurité, autorité paternelle, autorité maritale,

intérêt économique, intérêt social, est enggée, l'exécution ne peut être que précise et directe. Le juge n'a pas le choix de condamner ou à la chose dûe ou à un équivalent. La loi dicte impérieusement au juge sa conduite. Il peut arriver que le juge couvre la contravention à une obligation d'abstention privée, si le maintien du résultat de cette contravention importe à un intérêt supérieur. Ainsi, il arrive fréquemment que la destruction de constructions, édifiées par contravention, soit refusée en raison de la sollicitude du législateur pour la richesse immobilière (article 554-555. Traité de la Distinction des biens, de la propriété, t. 1, 658-668, 1669, par Demolombe). La Chambre des requêtes dans un arrêt du 23 mars 1909 céda à cette préoccupation et rejeta un pourvoi qui se fondait sur la violation de l'article 1144 et sur la fausse application de l'article 1142.

« Attendu qu'elle (la demanderesse) a pris de nouvelles
« conclusions tendant à ce que l'entrepreneur sus-nommé
« fut condamné à la *réfection* de tous les travaux exécutés
« par lui ; attendu qu'en présence de ces dernières conclu-
« sions, l'arrêt attaqué (3 décembre 1907) constate que la
« réfection demandée *nécessiterait la démolition à peu près*
« *complète* de l'immeuble et occasionnerait une dépense
« de beaucoup supérieure au préjudice résultant de la
« défectuosité des dits travaux et qu'indépendamment
« d'une importante réduction sur le prix de la construc-
« tion, proposée par l'expert, il alloue à la dame Chevallier
« à titre de dommages-intérêts supplémentaires une
« somme de mille francs. Attendu qu'en statuant ainsi la

« Cour de Paris dont la décision est *régulièrement motivée*
« ne fait qu'user de son pouvoir discrétionnaire qui lui
« appartient en vertu de l'article 1144 et que loin de violer
« le texte de loi, elle en a fait ainsi que de l'article 1142
« une exacte application... P. C. M. Rejette ». De même
la Chambre civile dans un arrêt de rejet du 2 février 1904
(D. P. 1904, 1, 271) refuse également la destruction de tra-
vaux dans ces termes : « Attendu que les termes de l'ar-
« ticle 1144 impliquent pour les juges la faculté d'apprécier
« souverainement si les ouvrages construits par contra-
« vention à un contrat doivent être ou non détruits.
« Attendu que le demandeur en cassation reprochait au
« débiteur de s'être écarté dans l'exécution des travaux de
« constructions dont il l'avait chargé, des prévisions du
« devis relatives au plancher haut des caves en employant
« un hourdis en plâtre avec entre toises de fer au lieu de
« briques creuses hourdies en ciment. Attendu, en fait,
« que l'arrêt attaqué (5 juillet 1901) constate que le mode
« de hourdis employé par l'architecte ne constitue ni un
« vice ni une défectuosité, qu'il ne présente aucun incon-
« vénient tant pour *la solidité* que pour *la salubrité* de
« l'immeuble, et qu'il n'a point occasionné d'humidité au
« rez-de-chaussée..... » Un tel langage, de telles justifica-
tions ne se comprennent que si l'on suppose chez le juge
le souci de ne pas ordonner à la légère la destruction de
constructions somme toute utilisables pour le seul motif
d'une contravention à une obligation de ne pas faire, qui
n'offrirait qu'un intérêt privé. La jurisprudence suit, d'ail-

leurs, son idée directrice avec beaucoup de logique et n'hésite pas à ordonner la destruction des travaux inutilisables. Dans un arrêt récent de la Chambre des Requêtes (1899, D. P., 99., 1.445), a confirmé un arrêt ordonnant la destruction de travaux considérables pour sanctionner une obligation de ne pas faire ; mais l'arrêt de rejet constate en propres termes l'impossibilité d'utiliser les travaux : « La Cour. Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué » (Paris, 12 juillet 1893) que Houzeau chargé par Sommier « d'importants travaux d'adduction et de captation d'eaux » ne les a pas exécutés dans les conditions convenues, que « notamment il n'a pas construit le radier *indispensable à la* » *conduite des eaux* et n'a pas remblayé les galeries souterraines ; qu'en présence de ces constatations, c'est à bon droit et par une exacte application de l'article 1143 et 1144 « que l'arrêt attaqué a condamné Houzeau à construire le » radier et remblayer les galeries souterraines. »

L'intérêt économique, comme tous les intérêts supérieurs doit donc trouver auprès du juge l'appui d'une sanction énergique et précise.

Cas où un intérêt privé est seul engagé

a) *Cas où l'exécution est possible sans une contrainte sur la personne, sans léser les intérêts des tiers ni contrarier un intérêt supérieur.* — Les difficultés naissent au contraire nombreuses dans le domaine de l'exécution des obligations d'ordre privé. Il est presque superflu de rappeler que l'exécution directe n'est possible que sous la

triple condition de ne pas contrarier un intérêt supérieur, de ne pas violer la liberté individuelle et de ne pas léser les intérêts des tiers, et pour les obligations d'abstention prolongée seulement. Le problème délicat en ce qui concerne l'exécution de la condamnation est celui de savoir si le juge requis par le créancier de prononcer une condamnation à une exécution directe, doit satisfaire le créancier ou s'il a la faculté d'accorder suivant les circonstances l'objet lui-même de la dette ou un équivalent.

D'excellentes raisons juridiques plaident la cause du créancier. Elles ont fait la conviction de Demolombe et de Laurent. Dans son avant-projet du Code civil, Laurent rédigeait ainsi l'article 1143 : « Si l'obligation consiste à « ne pas faire, le créancier a *le droit* de demander que ce « qui a été fait en contravention à l'engagement soit « détruit ; il a aussi le droit de demander que le tribunal « l'autorise à le détruire aux dépens du débiteur sans « préjudice des dommages-intérêts s'il y a lieu ». La raison du refus du pouvoir discrétionnaire du magistrat est tirée de la règle fondamentale et essentielle de toute la matière des obligations, c'est que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (1134). La conséquence de cette règle est que le juge se trouve lié par la lettre du contrat et dans la nécessité d'ordonner l'exécution précise de l'obligation. Cette opinion se soutient encore par les paroles suivantes prononcées par Favard dans son rapport : « Cependant, il a fallu laisser « au créancier le droit de faire détruire aux dépens du

« débiteur ce qu'il aurait fait ou fait faire en contraven-
« tion du contrat ; le projet le porte. Il a fallu aussi et par
« la même raison laisser au créancier le droit de faire
« exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur ». **Bien plus, le texte même de l'article 1143, lui serait favorable.**

« Néanmoins le créancier a le droit de demander que ce
« qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit
« détruit, et il peut se faire autoriser à le détruire aux
« dépens du débiteur sans préjudice des dommages et
intérêts s'il y a lieu » .

Le juge a cependant, le pouvoir discrétionnaire, la faculté d'accorder l'exécution directe ou l'exécution par équivalent. Ce choix ne sera pas fait par caprice. Il doit suivre au contraire des règles que nos développements antérieurs doivent faire pressentir. Le raisonnement qui refuse au juge ce pouvoir discrétionnaire, cette faculté repose sur une confusion entre l'objet de l'obligation et son exécution. L'article 1134 et la règle essentielle de la matière concentrent leur intérêt sur l'objet de l'obligation. Ils permettaient de repousser, par exemple, tout effet novatoire que pourrait produire la demande en justice. Ils affirment le droit du créancier à la chose même et autorisent le juge à ordonner l'exécution directe. Mais autre chose est l'objet de l'obligation, autre chose son exécution précise, directe, forcée. La force coercitive suivant les intérêts qu'elle sert, est variable d'intensité. Dire que le juge doit user dans tous les litiges, du maximum

de cette force, c'est nier l'évidence. Il en résulte que le juge, souverain distributeur de cette force, peut suivant les intérêts mis en jeu accorder l'exécution directe ou l'exécution par équivalent.

A l'opposé de cette doctrine qui nie le pouvoir discrétionnaire du magistrat, s'élève une théorie, celle défendue par Larombière. Selon cet auteur, la loi ne permet jamais au créancier de n'obtenir qu'un équivalent. « Il y a mieux, » dit cet auteur ; alors que par la nature de la chose à faire le créancier est en position de demander l'autorisation de la faire exécuter par un autre, les tribunaux ont le droit de se borner, s'ils l'estiment convenable, à prononcer des dommages-intérêts contre le débiteur. « L'autorisation demandée n'est, en effet, qu'un moyen particulier d'obtenir satisfaction pour l'exécution de l'engagement. Or les juges peuvent la rejeter pour adopter un autre mode d'indemnité qui leur paraît plus juste et plus favorable à l'intérêt commun des parties. » (Cass. Sirey. 1821, 1, 432) ». Cette opinion extrême est incapable de rendre compte de l'exécution forcée qui intervient dans les obligations tendant à une abstention prolongée. Partout ailleurs cette théorie pourra peut-être soutenir que le juge en donnant l'objet de la dette même, ne fournit qu'un équivalent. Dans l'exécution directe des obligations dont il s'agit, l'identité de la chose due et de la chose obtenue par la force est absolue. Le juge ne condamne donc pas toujours à un équivalent ; il peut dans certains cas accorder l'objet même de la dette. Son

pouvoir discrétionnaire de choisir non pas entre les équivalents, mais entre l'exécution directe et l'exécution par équivalent, peut être à nouveau affirmé.

La différence fortuite qui apparaît dans la rédaction des termes des articles 1143 et 1144 a donné naissance à une troisième opinion. Le prestige d'un monument juridique tel que le Code civil, excuse l'erreur de ceux qui voient en lui une œuvre parfaite et pensent pouvoir en tirer la solution de tous les problèmes juridiques. Malgré les soins souvent méticuleux apportés par les auteurs du Code à sa rédaction, il est peut-être dangereux d'échafauder une théorie juridique sur la différence de deux termes, qui ont pu passer aux yeux des rédacteurs pour synonymes ou pour analogues. L'article 1143 dit que le créancier d'une obligation de ne pas faire *a le droit* de demander la destruction de ce qui a été fait par contravention. L'article 1144 dit seulement que le créancier d'une obligation de faire peut *se faire autoriser* à faire exécuter lui-même l'obligation. De là cette théorie : le juge *doit* ordonner l'exécution directe, forcée dans les obligations de ne pas faire. Il a la *faculté* de choisir entre la dette même et un équivalent dans les obligations de faire. La réfutation d'un pareil argument pourrait résulter de la lecture du texte lui-même. Après avoir rappelé la solution de Pothier en ce qui concerne les contraventions qui peuvent avoir laissé des traces matérielles. « Néanmoins... » le texte (1143) ajoute *pour les obligations de ne pas faire* ; « et il peut se faire *autoriser* à le détruire aux dépens du débi-

teur ». L'article 1144 use des mêmes expressions : « Le créancier peut aussi en cas d'inexécution, *être autorisé à faire* exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur ». L'*autorisation* est donc nécessaire pour les deux espèces d'obligations. Mais cette réfutation directe peut être faite par l'absurde. Les conséquences de la théorie entreprise sont inadmissibles.

L'obligation pour le juge de condamner au fait dans les obligations de ne pas faire est à repousser. L'abstention promise sera, soit celle d'un acte matériel, soit celle d'un acte juridique. Prenons l'hypothèse de constructions élevées par contravention. La théorie que nous combattons admet que le juge est tenu d'en ordonner la destruction. Une situation assez fréquente dans la pratique est celle du propriétaire qui, de bonne foi, a élevé des constructions en empiétant sur le terrain d'autrui à quelques centimètres de la ligne séparative. Qui soutiendra que le rapprochement des articles 1143 et 1144 exige du juge la démolition des immeubles ? Le législateur n'a-t-il pas montré le souci de ne pas autoriser à la légère la destruction des travaux d'une certaine valeur, alors même qu'ils ont été faits sans droits (art. 554 et 555, Demolombe. Traité de la Distinction des biens et de la propriété, t. I, 658 668, 1669. D. P., 1910, 1.343, 1899, 1.445). Si le législateur avait eu en vue la distinction des obligations de faire et de ne pas faire au point de vue de la destruction de construction, il aurait, pour ce motif, accordé sûrement un pouvoir discrétionnaire au juge en matière d'obli-

gation de ne pas faire.

L'objet de l'obligation pourrait consister dans l'abstention d'un fait juridique. La théorie que nous combattons sans égards pour les intérêts des tiers, prononcerait la nullité des conventions intervenues entre le débiteur et son cocontractant, aussi reconnue que soit la bonne foi de ce dernier. C'est une raison de plus de ne pas revendiquer pour les obligations de ne pas faire, la faveur d'un régime spécial d'exécution.

Le juge a la faculté de choisir entre l'exécution directe et l'exécution par équivalent, sans distinction entre les obligations positives et les obligations négatives. La véritable raison apparaît par la vue très nette de la destruction de l'objet de l'obligation et de l'exécution. Lorsque le juge détermine ou reconnaît quel est l'objet de l'obligation, il reste dans son rôle d'arbitre des parties. Dès qu'il détermine la sanction, il agit en vertu de son *imperium*. Par suite, il n'appartient qu'à lui, muni de son pouvoir discrétionnaire d'user des moyens de coercition ou de réparation de son choix.

Usage du pouvoir discrétionnaire du juge. — Ce pouvoir discrétionnaire ne se confond pas avec l'arbitraire et ne peut être mis au service du caprice du juge. L'inexécution forcée, précise et directe s'impose au juge dans les matières qui intéressent l'ordre public. Elle lui est interdite en matière d'ordre privé lorsqu'elle rencontre les obstacles déjà déterminés : liberté individuelle, intérêts des tiers ou contrariété à un intérêt supérieur. C'est

donc dans les hypothèses où l'exécution forcée ne rencontre pas ces obstacles et dans les obligations d'intérêt privé que le juge a la faculté, le pouvoir discrétionnaire qui nous occupe.

La jurisprudence n'hésite pas à affirmer le pouvoir discrétionnaire du juge. La Chambre des requêtes dans un arrêt de rejet du 18 février 1903 (D. P., 1903, t. 489) confirme en ces termes la jurisprudence fixée en ce sens : « Attendu qu'en statuant ainsi, l'arrêt attaqué n'a violé ni « l'article 1144 ni les règles de la matière ; qu'en effet, « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en « dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du « débiteur, et que, si l'article 1144 permet d'autoriser le « créancier à faire exécuter lui-même l'obligation aux « dépens du débiteur, il appartient aux juges du fait d'user « ou de pas user suivant les circonstances de *cette faculté* « qui leur est donnée ; qu'en conséquence leur refus de « recourir à ce mode exceptionnel d'exécution ne saurait « impliquer une violation de la loi et une ouverture à « cassation ». Les termes ont d'ailleurs été *littéralement* copiés mot pour mot dans un arrêt de la Chambre civile du 19 mars 1855 (D. P., 1855, 1.298 (1)).

Le juge d'ailleurs n'use pas de ce pouvoir discrétionnaire selon son caprice. Dans un arrêt du 31 octobre 1906 (DP. 1907, 1, 135), il est visible que le juge cède à la préoccupation de l'intérêt économique et qu'il observe la

(1). Cour de Lyon, 14 juin 1860. Sirey, 1860, 2.163.

règle que nous avons dégagée selon laquelle l'exécution au fait n'est pas prescrite notamment dans les cas de contrariété avec un intérêt supérieur. Après avoir établi le principe du pouvoir discrétionnaire du juge, il motive sa décision pour l'exécution par équivalent par cette raison que les malfaçons constatées ne compromettent pas la solidité des constructions. C'est dire que dans le cas contraire, si un intérêt économique n'avait pas été engagé l'exécution directe aurait été accordée. (1) La préoccupation des juges est encore évidente dans un arrêt de la Chambre des requêtes, du 18 juin 1883. (DP, 1884, 5, 353,) « Attendu, dit la Cour, que les termes de l'article 1144 du « Code civil sont facultatifs et qu'il appartient aux juges « de décider si les ouvrages construits par contravention « à un contrat doivent être ou non détruits. Attendu que « dans l'espèce la Cour d'appel de Bordeaux n'a fait « qu'user de son pouvoir d'appréciation consacrée par cet « article, 1^o en refusant d'ordonner la démolition demandée « des constructions élevées... contrairement à la conven- « tion; 2^o en chargeant, avant dire droit au fond, des experts « de vérifier si le mur de maçonnerie établi à trente cen- « timètres de l'une des extrémités des dits magasins par « contravention aussi à l'engagement peut être *détruit* « *sans compromettre la solidité de l'édifice et la sécurité* « des parties elles-mêmes. P. C. M. Rejette. »

De cette jurisprudence et des considérations qui pré-

(1) C'est la solution admise par la jurisprudence dans un Arrêt de la Chambre des requêtes du 14 mars 1849. (DP, 99, 1, 445) DP, 1904, 1, 271.

cèdent, il résulte que dans les hypothèses où l'exécution forcée ne franchit pas les limites déjà précisées, le juge a le pouvoir discrétionnaire, pour faire respecter précisément une obligation successive d'ordre privé, d'ordonner soit l'exécution directe soit l'exécution par équivalent.

c) *Cas où l'exécution est impossible sans user de contrainte contre la personne, sans léser les intérêts des tiers ou contraire un intérêt supérieur.* — Le principe général de la matière étant posé, les exceptions simplement affirmées dans la maxime « *nemo potest...* » étant bien précisées, il convient d'étudier en détail le jeu du principe et des exceptions en matière d'exécution.

Ces exceptions n'ont d'existence qu'à l'égard des obligations d'intérêt privé. L'exécution forcée directe sera toujours possible s'il s'agit d'un intérêt supérieur : droits réels, servitude, propriété, autorité maritale, intérêt moral, économique, etc... Les entraves à l'exécution sont exclusivement propres aux créances d'intérêt privé. Sans craindre une nouvelle répétition, il convient de rappeler que la nature des choses ne permet pas l'exécution forcée directe *adequate* d'une obligation à une abstention qui se place dans une unité de temps. Dans le développement qui va suivre, les obligations d'abstention prolongée sont seules envisagées.

Respect de la liberté individuelle. — Un des obstacles que ne peut surmonter le principe de l'exécution directe d'une créance d'ordre privé, est le respect de la liberté individuelle. Alors même que maître de sa volonté, un

individu se serait solennellement engagé à s'abstenir d'un fait, le juge en cas de contravention à cette promesse ne peut prêter le secours de la force armée à un créancier pour porter la main sur le débiteur, pour exercer sur lui une voie de fait qui aboutirait fréquemment à la séquestration.

Aussi bien, la jurisprudence ne présente pas d'exemple de coercition de cette nature. Dans un procès resté célèbre plus encore par la notoriété de la partie en cause que par l'importance des principes juridiques débattus, la Cour de Paris a estimé qu'une artiste peintre pouvait être contrainte par une astreinte à peindre un tableau alors que son refus d'exécuter son obligation était formel, et que le droit du créancier était résolu en dommages-intérêts. (C. de Paris, 4 juillet 1865. D.P., 65, 2 204.) Quoiqu'on puisse penser de l'astreinte et des dommages-intérêts, qui soulèvent certains problèmes dont ce n'est pas le lieu de rechercher la solution, il est évident que le tribunal n'a jamais songé à obliger *manu militari*, l'artiste à faire son tableau et que la Cour renchérissant encore sur ses scrupules n'a même pas voulu confirmer l'astreinte qui à certains égards pouvait paraître de nature à faire une violence indirecte à la volonté de la débitrice (1).

Ce scrupule de la Cour n'avait pas toutefois été partagé, déjà, une première fois par le tribunal de la Seine dans une affaire qui mettait aux prises Legouvé et Rachel.

(1) On peut rapprocher une décision du 2 Décembre 1897 (DP, 1898, 2, 467.)

L'auteur qui avait composé tout exprès pour la grande artiste le rôle de Médée prétendait forcer le caprice injustifié de sa débitrice et l'obliger à jouer le rôle qu'elle avait d'ailleurs précédemment sollicité. Dans cette situation, le tribunal de la Seine prononça une astreinte de 200 francs par jour de retard, pendant deux mois, passé lequel délai il serait fait droit (Trib. de la Seine 24 Octobre 1854. DP, 1854, 3, 80). Une espèce plus intéressante est le différend classique et pour ainsi dire périodique qui s'élève entre la direction du Théâtre français et quelque pensionnaire infidèle, qui prétend jouer soit à Paris, soit dans les départements sans l'autorisation de la direction au mépris de la clause insérée dans l'acte notarié par lequel chaque sociétaire adhère à la société. Dans un procès qui mettait aux prises la direction et l'un des Coquelin, la Cour de Paris s'exprimait ainsi. « Attendu que Coquelin émet
« cependant aujourd'hui la prétention de jouer à Paris et
« les départements ; que la Société des comédiens français
« l'a assigné devant le tribunal pour voir dire qu'il lui
« serait fait défense de donner suite à ce projet sinon et
« faute par lui de se conformer à cette défense que la pre-
« mière infraction constatée entraînera la perte de son
« droit à la pension de retraite qui lui est actuellement
« servie ; l'obligation de restituer la part de fonds sociaux
« qu'il a touchée et à titre de sanction pénale le paiement
« d'une somme de 1000 francs par chacune des représen-
« tations qu'il donnera en contravention de la défense,
« jusqu'à concurrence des trente premières après lesquelles

« il sera de nouveau fait droit... Que le texte applicable
 « à l'espèce est l'article 1442 ; que le tribunal a d'ores et
 « déjà les éléments nécessaires pour apprécier l'importance du dommage qui résultera pour la Société demanderesse tant de la perte qu'elle éprouvera que du gain dont elle sera privée, par suite de la violation de l'obligation prise envers elle si Coquelin, mis en demeure de l'exécuter, par la défense qui va lui être faite refuse d'obéir. **P. C. M. Fait défense à Coquelin de jouer sur aucun théâtre de Paris sans autorisation du ministre et faute par lui d'obéir à cette injonction le condamne à 500 francs de dommages intérêts par chacune des infractions qu'il commettra jusqu'à concurrence des trente premières représentations passées lesquelles il sera à nouveau fait droit** » (Cour de Paris, 21 Avril 1896. D. P, 97, 2, 177).

Le tribunal et la Cour n'ont pas envisagé la possibilité de porter la main sur la personne de Coquelin. Toutefois dans les deux dernières espèces, (1) les moyens indirects de coercition sont tels qu'ils semblent équivaloir à une violence directe. Mais si ce doute peut exister quant au résultat, il n'existe pas quant aux moyens : l'usage de la force est repoussée par la jurisprudence.

Elle peut d'ailleurs si l'histoire et l'esprit général de

(1) On peut rapprocher de ces espèces un arrêt de la Cour de Cassation du 8 janvier 1901. (D. P, 1901, 2, 277), qui prononçait une astreinte de 50 francs par contravention pour obliger un copropriétaire d'une cour commune à ne pas stationner à la hauteur de la fenêtre de son coindivisaire.

nos lois lui semblaient insuffisants trouver un texte qui lui interdirait toute violence dans un intérêt privé.

« Hors les cas déterminés, par les articles précédents, « ou qui pourraient l'être à l'avenir par une loi formelle, « dit l'article 2063, il est défendu à tous juges de prononcer la contrainte par corps, à tous notaires et tous greffiers de recevoir des actes dans lesquels elle serait stipulée et à tous Français de consentir pareils actes « encore qu'il eussent été passés en pays étranger ; le tout « à peine de nullité, dépens, dommages et intérêts. » Les cas prévus par les art. 2039 et suivants, en effet, supposent des obligations d'ordre supérieur.

L'intérêt des tiers. — A l'égal de la liberté individuelle le respect de l'intérêt des tiers est un gros obstacle à l'exécution forcée, précise et directe des obligations de ne pas faire. Par l'effet de la contravention les tiers auront très fréquemment acquis des droits. Il peut même arriver que c'est en vue d'éviter l'acquisition de ces droits par des tiers que le créancier de l'abstention a contracté et fourni déjà sa contre prestation. Pour donner satisfaction au créancier, une seule solution rationnelle se présente à l'esprit, c'est la nullité de l'acte qui constitue la contravention. De même qu'en matière de promesse de vente, le tribunal peut suppléer au consentement promis, par son jugement et déclarer la vente réalisée, de même dans la promesse de ne pas vendre, le tribunal déclarerait que la vente est nulle par défaut de consentement.

Il y a une nullité proche parente de celle-ci dans notre

droit : celle de l'action Paulienne. Lorsque l'obligation du débiteur est de ne pas s'appauvrir par fraude, le législateur a confirmé la tradition romaine en donnant au créancier le droit de poursuivre la révocation de l'acte frauduleux passé par le débiteur à la charge de prouver la fraude de ce débiteur dans tous les cas et la fraude du tiers complice, dans certaines hypothèses seulement. Si l'obligation est de s'abstenir au contraire d'un certain fait déterminé : comme ne pas représenter une maison concurrente de telle région, le créancier ne peut même en prouvant la complicité du tiers contractant faire révoquer le contrat intervenu entre le débiteur infidèle et le tiers. La nullité d'un acte ne peut en effet être demandée que dans trois hypothèses, du moins dans la théorie traditionnelle des nullités : 1° lorsque la loi le déclare tel comme contraire à ses prescriptions ; 2° lorsqu'il manque des conditions essentielles à son existence ; 3° lorsqu'il est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. La contravention à une obligation de ne pas faire, ne rentre pas par sa nature même dans l'une de ces trois hypothèses. L'acte, si la théorie traditionnelle de la nullité est fondée, est donc valable. Les considérations qui vont suivre amenant à douter de la valeur de cette théorie, il est heureux qu'une raison plus solide puisse être donnée de la validité de cet acte.

Cette raison est que l'acte qui a créé la dette d'abstention est opposable aux tiers et que ceux-ci seraient injustement frappés par cette nullité. C'est une sage mesure que

de poser le principe que les tiers n'auront pas à souffrir des actes passés en dehors d'eux. L'insécurité des affaires serait trop grande, l'équité serait méconnue si les parties avaient de justes sujets de craindre l'inefficacité de leurs conventions par suite de l'existence d'un droit de cette nature acquis antérieurement par un tiers contre le co-contractant. Comment dénouer ce conflit de deux intérêts également respectables, entre le créancier qui a contracté en vue de cette abstention et le tiers qui a contracté en vue du résultat de la contravention à cette abstention ? La sécurité des transactions exige que la victime soit le créancier. C'est la règle posée par l'article 1165 du Code civil. Une exception toutefois doit être faite à son application.

La raison d'être de la règle est la sécurité des tiers, qui ne doivent pas être surpris par les effets d'un contrat antérieur qu'ils ignorent. Si cet élément de surprise disparaît, si le tiers a eu connaissance de l'existence de l'obligation du contractant, rien ne serait plus juste, cependant, que de lui faire supporter les conséquences de sa faute. Cette faute n'est pas contractuelle, elle est quasi-délictuelle. La promesse d'abstention du cocontractant n'a pas pu lier le tiers : *res inter alios acta* ; mais il est tenu de ne pas porter préjudice sans droit à autrui. (1382). Dans cette hypothèse où le tiers est conscient de la fraude, le créancier doit avoir le droit, comme dans l'action paulienne, de faire révoquer le contrat. C'est la réparation adéquate qui seule est admissible. Le législateur n'est pas hostile à cette solution et il nous donne quelques exem-

ples de nullité de ce genre. Lorsqu'un commerçant vend son fonds, la loi de 1909 a institué un système de publicité pour avertir les tiers de la cession. A la suite du dernier acte de publicité les créanciers du vendeur ont un délai de dix jours pour faire connaître leur créance au débiteur au domicile élu chez un tiers. Les paiements effectués par le débiteur au mépris de ces oppositions ne sont pas opposables aux créanciers opposants. La loi sanctionne donc de la nullité l'obligation de ne pas payer en dehors des règles fixées par elle, et, — c'est pourquoi cet exemple a été choisi — dans un intérêt purement privé. Le Code civil dans son article 1743 admet aussi une solution semblable. Le bailleur est tenu de ne pas troubler son locataire dans sa jouissance. Par suite, si comme propriétaire il vient à vendre les lieux loués, il devrait imposer spécialement à son acquéreur l'obligation d'abstention qui lui étant personnelle ne passe pas sur la tête du nouveau propriétaire comme une charge réelle. Pour faire respecter cette obligation de ne pas faire, l'article 1743 déclare que l'acte de vente sera inopposable au preneur « Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail. . . . » La jurisprudence a prononcé quelquefois, très rarement il est vrai, de pareille nullité. Un éditeur avait pris l'engagement de faire imprimer un ouvrage chez Plon. L'éditeur pour échapper à son obligation avait cédé à ses enfants sa maison de commerce. La Cour de Paris motive ainsi un arrêt du 19 décembre 1862 (D. P. 1868. 2. 156) « Con-

sidérant que tout créancier même éventuel peut faire
« annuler les actes consentis par son débiteur en fraude
« de ses droits et qu'il ne saurait être permis à une partie
« qui s'est liée par un contrat, de détruire ce contrat à vo-
« lonté par des conventions faites avec des tiers de mau-
« vaise foi et qui n'ont pour principal objet que d'éluder
« ou de rendre impossible l'exécution des obligations im-
« posée à cette partie.... Considérant que les acquéreurs
« se sont rendus complices de la fraude P. C. M. Annule la
« vente du fonds de commerce.... » Dans une espèce voi-
sine, la Cour de Cassation n'a pas prononcé la nullité,
mais a confirmé une astreinte de 100 francs par contraven-
tion qui en sanctionnait les effets. Un commerçant con-
naissant l'interdiction que s'était faite son voyageur, an-
cien associé d'une maison concurrente, de voyager pour
un concurrent l'avait néanmoins employé dans sa propre
exploitation comme commis-voyageur (*Cass. requête* 8 no-
vembre 1904).

Généralement la jurisprudence est moins ferme. Elle
recherche si le tiers a été complice de la fraude et se con-
tente de prononcer la solidarité des condamnations entre
le débiteur et le tiers, l'un tenu pour faute contractuelle
l'autre pour faute quasi-délictuelle. La Cour de Paris (24
novembre 1904, *Sirey*. 1905. 2. 284) a rendu un directeur
de spectacles solidairement responsable avec une artiste
de la rupture d'engagement de celle-ci alors qu'il l'avait
engagée connaissant le contrat antérieur qu'elle avait si-
gné pour la même période. La Cour de Toulouse le 13 no-

vembre 1904 (D. P. 1905. 2. 394) condamne à une indemnité le commerçant détaillant qui a acquis des marchandises pour un prix inférieur au prix minimum imposé au représentant. La Cour de Paris réformant sur ce point un jugement du tribunal de commerce de la Seine (6 octobre 1904) qui n'avait prononcé de condamnation que contre l'employé infidèle à ses engagements met en cause le patron tiers complice de la fraude dans ces termes :

« Attendu qu'il résulte des faits et documents de la cause que ce dernier (le nouveau patron) était suffisamment au courant de la situation pour n'avoir *pu de bonne foi* croire que la vente faite à Mangin et Richen laissait à Bernaux le droit d'accepter cette collaboration dans les conditions où les choses se sont faites. Qu'à raison du *délit* civil qu'il a commis de concert avec Bernaux, et dont le résultat dommageable est indivisible une *condamnation solidaire* devra être prononcée » Cour de Paris 1^{er} mars 1906 Pand. françaises. 1906. 2. 286). La Chambre civile de la Cour de Cassation tient le même langage, dans une hypothèse semblable.

« Attendu que l'arrêt n'a pas reproché à Dœuillet et C^{ie} « de n'avoir pas exécuté ou fait exécuter une convention à laquelle ils étaient étrangers, mais d'en avoir par des « *actes quasi-délictueux* accomplis en *connaissance de cause* et dans leur intérêt amené ou facilité la rupture ; « que le moyen en cette partie manque en fait » (1). (Ch.

(1) Rapprocher de ces arrêts Cour de Rouen 2 janvier 1847. D. P. 1581 2.232.

civ., 27 mai 1908. *Gaz. Pal.* page 698). La jurisprudence fonde, en effet, sur la violation de l'article 1165.

La jurisprudence admet donc que le tiers connaissant l'interdiction que s'est faite son cocontractant (1), ne peut se rendre complice de la violation de la promesse sans s'exposer à des dommages et intérêts. Elle considère que le créancier est bien couvert par l'article 1168 contre tout reproche de faute contractuelle mais elle admet le recours contre lui pour faute délictuelle. Le principe de l'identité de la chose obtenue et de la chose dûe est-il respecté? Certainement pas. Le débiteur s'est engagé à ne pas passer tel contrat ; la sanction adéquate de la contravention est l'anéantissement de l'acte. Cette satisfaction est refusée par le juge en premier lieu et très justement lorsque le tiers ignore l'obligation d'abstention du cocontractant ; en second lieu et à tort lorsqu'il est complice de la fraude. La jurisprudence accorde des dommages-intérêts peut-on objecter. La différence est claire entre une condamnation à des dommages-intérêts et une nullité qui peut s'accompagner d'ailleurs d'une réparation pécuniaire. Cette dernière solution est seule juridique. La jurisprudence hésite à suivre le droit pour obéir timidement aux suggestions de l'équité. Quelle raison empêche la jurisprudence en se plaçant sur le terrain de la responsabilité quasi-délictuelle de pronon-

(1) Si la mauvaise foi du tiers n'est pas démontrée, la jurisprudence n'admet aucunement la responsabilité du tiers 28 mai 1892. *D. P.* 93. 2. 399. Chambre des requêtes 4 février 1889. *D. P.* 1889. 1. 315. 10 avril 1872. *D. P.* 74. 1. 35. Cour de Bordeaux 13 février 1832. *D. P.* 1832. 2. 426. — *Chamb. e des requêtes* 7 décembre 1831, *D. P.* 1832. 1. 414.

cer la nullité de l'acte frauduleux dans le cas de complicité du tiers ? Il est à craindre que le sentiment général selon lequel la réparation d'un délit ne peut consister qu'en dommages-intérêts, ne soit l'origine de cette jurisprudence. Le juge possède, et il ne peut y avoir de contestation sur ce point, le pouvoir de réparer *adéquatement* les effets préjudiciables d'un délit ou d'un quasi-délit. Il peut donc, bien plus, *il doit* prononcer la nullité de l'acte juridique. Cet acte juridique qui constitue le corps du délit doit être détruit au même titre que les traces matérielles d'une contravention (1).

Enfin si cette idée de réparation *adéquante* du quasi-délit pouvait être l'objet de quelque réfutation heureuse, les juges se trouveraient alors placés en présence du conflit de deux créanciers, l'un d'une abstention, l'autre du résultat juridique de la contravention à cette abstention. Dans les conflits de cette sorte où des droits contraires s'équilibrent, l'usage est d'accorder la faveur à celui qui inspire le plus de sympathie. Or, par hypothèse, le créancier du résultat de la contravention est complice de cette fraude. La solution du problème ne saurait être douteuse. Puisqu'il faut en définitive que l'acte existe ou n'existe pas. Tout conduit à dénouer la situation par l'inexistence.

La prétention contraire se heurte de front au texte de l'article 1184, au principe de l'identité de la dette et de la chose obtenue. Autant l'application de l'article 1165 est incontestable, dans l'hypothèse où le tiers ignore les obli-

(1). *Contra* Tribunal de l'Empire 17 novembre 1891. D. P. 1893. 2. 71.

gations de son cocontractant, autant elle est insoutenable dans l'hypothèse inverse (1). Des considérations d'équité sur lesquelles il n'est pas besoin d'insister, conduisent à admettre la même solution dans les cas où le tiers est devenu créancier à titre gratuit.

L'intérêt des tiers est donc un obstacle à l'exécution précise lorsque les tiers n'ont pas été conscients de la fraude du débiteur de l'abstention et sont devenus créanciers à titre onéreux.

(1) Tribunal de l'Empire Allemand, 17 novembre 1891. D. P. 1893. 2. 71. Ce jugement décide que la contravention à une obligation contractuelle négative ne peut donner lieu qu'à une demande en dommages-intérêts consistant dans le paiement d'une somme équivalente au préjudice causé par l'inexécution de l'obligation, mais que le créancier ne peut demander que l'acte fait par le débiteur en contravention à son obligation soit déclaré *non avenu et inefficace*. Le jugement estime que l'article 1143 ne peut s'étendre aux actes juridiques. Le seul droit du créancier serait de demander des dommages-intérêts en vertu de l'article 1142 du Code civil.

TROISIÈME PARTIE

LA CONTRAINTE
INDIRECTE

L'astreinte et les dommages-intérêts

Dans cette étude de la sanction l'exécution directe a toujours été supposée possible et efficace. L'impossibilité matérielle d'exécution forcée suffit-elle toujours à arrêter toute exécution ? Un meuble facile à dissimuler a été déposé. Il présente une valeur individuelle d'affection pour son propriétaire. L'exécution forcée de la restitution se heurte à une double impossibilité matérielle (recherche de l'objet) et morale (violence sur la personne). Le débiteur dans l'espèce devra craindre que des dommages-intérêts minimes expriment seulement la valeur commerciale de l'objet déposé. Cet exemple résume le vice du système de notre droit ; l'inutilité de la contrainte directe et l'imperfection de la conception juridique des dommages-intérêts. D'une part l'exécution forcée est fréquemment inefficace, d'autre part les dommages-intérêts sont insuffisants. Il importe cependant, que la loi sanctionne les promesses et que les justiciables ne se croient pas libres de se libérer des liens contractuels à si bon compte. Lorsque l'exécution forcée est inefficace, lorsque la menace de dommages-intérêts ne permet pas d'espérer

la satisfaction du créancier et la soumission du débiteur, le juge doit trouver dans la loi, écrite ou non écrite, des pouvoirs suffisants pour assurer le respect de la bonne foi. Ce principe est affirmé dans un arrêt de la Cour de Cassation du 8 juin 1896 (D. P., 97, I. 463). « Attendu « dit la Cour, que dans la matière des quasi-délits les « tribunaux sont souverains appréciateurs des sanctions à « édicter soit pour réparer le préjudice dans le passé, soit « pour empêcher à l'avenir la continuation du fait illicite ; « qu'ils peuvent suivant la nature du fait, du degré de la « faute recourir exceptionnellement à des moyens de « coercition calculés d'après la durée et l'intensité de la « résistance ». Le libre choix de la sanction (1) par le juge est d'ailleurs mieux démontré par l'usage général que fait la jurisprudence de mesures de coercition étrangères aux dommages-intérêts et à l'exécution forcée, qui portent le nom d'astreinte.

L'astreinte, création d'une jurisprudence prétorienne qui a su heureusement porter remède aux vices de notre système français de la sanction, l'astreinte peut être définie une condamnation « pécuniaire prononcée à raison « de tant par jour de retard (ou par toute autre unité « appropriée aux circonstances) et destinée à obtenir du « débiteur l'exécution d'une obligation de faire ou de ne

(1). Sur le libre choix de la réparation par le juge. Rennes, 28 janvier 1907. D. P., 09-2-138. Agen, 12 mai 1899, D. P., 00, 2, 174. Poitiers, 30 octobre 92. D. P., 34, 3, 234. Cassation. 28 janvier 1884. D. P., 84, 1. 335. Dijon, 27 juillet 1899. D. P., 1900, 2. 173.

« pas faire par la menace d'une peine considérable susceptible de s'augmenter indéfiniment ».

Elle présente sur l'exécution forcée l'avantage de ne pas porter atteinte à la liberté humaine, d'être souvent plus efficace et sur les dommages-intérêts la supériorité de ne pas rester rivée à l'évaluation purement pécuniaire de la dette. Cet instrument de coercition que le texte du Code ne paraît pas avoir connu, mais qui ne contrarie pas l'esprit de nos lois, a, dès son apparition dans la jurisprudence éveillé des scrupules non pas sur sa légitimité, mais sur sa légalité. A l'illégalité présumée d'une prétendue innovation de la jurisprudence, s'ajoutaient de sérieuses difficultés au sujet du respect dû à la chose jugée. Quant à ce dernier point, le problème a été résolu par l'élégance d'une formule. Quant à la légalité de l'astreinte, la doctrine et la jurisprudence paraissent aujourd'hui d'accord pour la reconnaître ouvertement, tout au moins telle que nous avons défini cette contrainte dont l'essence doit rester une menace, une simple menace d'une peine exagérée (1).

La contrainte indirecte quelles que soient les formes qu'elle revête ne peut servir à tourner les prohibitions qui frappent l'exécution directe. Elle ne peut être un biais qui permettrait d'obtenir obliquement ce qu'on ne peut

(1). Esmein. *Revue trimestrielle*.

(2). Voir D. P., 1891, 1, 31. Nomenclature de la jurisprudence sur la nature des astreintes et le rapport de M. le Conseiller Féraud-Giraud à la Chambre des requêtes (7 novembre 88. D. P., 89, 1. 261.

légalement obtenir directement. Elle permet seulement de surmonter les obstacles matériels et de réparer les défaillances de notre système des dommages-intérêts. L'astreinte consistant dans une contrainte indirecte est soumise à cette règle.

Plus spécialement, comment et dans quels cas le juge peut-il user de l'astreinte pour contraindre indirectement un débiteur à s'abstenir? L'obligation tend-elle à une abstention unique dans le temps ou à une abstention prolongée susceptible de contraventions successives? Si l'obligation tend à une abstention unique, la contrainte directe ou indirecte est impossible. De même que la loi dispense de mise en demeure le créancier d'une exécution devenue impossible, de même la loi dispense et pour le même motif d'inefficacité, le créancier d'une obligation de ne pas faire de mise en demeure, dès que la contravention a eu lieu. Aucune puissance au monde ne peut faire revivre le passé pour empêcher que la contravention n'ait été consommée. La contrainte indirecte est sur ce point aussi impuissante que la contrainte directe. (Douai, 7 décembre 1881. — D. P., 82, 2.112). L'astreinte ne peut donc avoir d'effet que pour assurer le respect des obligations qui ont pour objet une abstention prolongée susceptible de contraventions successives.

Toutes les obligations d'abstention prolongée de cette nature ne seront, cependant, pas appelées à être sanctionnées par une contrainte indirecte. Aucun doute ne peut s'élever sur l'usage d'une astreinte qui doit sanctionner

une obligation d'ordre supérieur. Tous les procédés sont bons pour obtenir le respect des intérêts de cet ordre.

Si, au contraire, l'intérêt engagé au respect de l'obligation est d'ordre privé, l'astreinte ne peut être légale que si son usage ne viole pas indirectement la liberté individuelle les intérêts des tiers et ne contrarie pas un intérêt supérieur. Ce sont les limites de l'exécution forcée directe.

Qu'un acteur par exemple s'engage à ne pas jouer sur un théâtre. S'il contrevient à son obligation, il sera impossible d'user contre lui d'une astreinte qui équivaldrait à une violence matérielle. (Cour de Paris, D. P. 64. 2. 201. D. P. 1854. 4. 297. D. P. 1857. 1. 213. D. P. 98. 2. 467). L'usage de la contrainte indirecte ne peut avoir un champ d'application plus étendu que la contrainte directe. Autrement dit la contrainte directe et la contrainte indirecte sont deux moyens qui tendent à une seule et même fin. L'équité et le bon sens veulent donc que l'une et l'autre aient des limites communes.

L'application de ces règles serait assez simple si un élément propre à la nature négative des obligations de ne pas faire, n'apportait la difficulté d'une complexité assez considérable (1). Cette complexité naît de la confusion des

(1) Cet élément est-il réellement propre aux obligations négatives ? Ce refus d'exécution peut se nombrer par le chiffre des contraventions dans ces obligations. Pour les obligations positives au contraire le refus se mesure d'après le temps du refus. Si les tribunaux prononcent une condamnation à tant par jour, n'est-ce pas que par la pensée chaque jour du retard constitue un refus à soi seul ? C'est un moyen de chiffrer un refus d'exécution d'une obligation positive. Nous croyons cependant que cet élément est propre à la nature négative, des obligations d'abstention pour cette raison que le retard dans une obligation positive diffère l'exécution, tandis que la contravention à une obligation consomme totalement ou partiellement l'inexécution.

dommages-intérêts à échéances fractionnées avec l'astreinte proprement dite. Un commis-voyageur met son activité au service d'une maison, contrevenant par cette conduite à une promesse antérieure. L'exécution forcée est moralement impossible. La contrainte indirecte ne peut réussir à obtenir par la force la soumission de la volonté du débiteur. Cependant, le juge condamne à des dommages-intérêts fixés par jour de retard. L'astreinte obtient-elle donc des résultats interdits à la contrainte directe ? Comment le nier s'il s'agit d'une astreinte ?

C'est ici qu'il est nécessaire de déterminer les caractères spécifiques de l'astreinte. Le tribunal qui prononce des dommages-intérêts à tant par contravention peut ou bien user d'un procédé comminatoire, ou bien faire par anticipation l'évaluation forfaitaire du préjudice causé par chaque contravention. Dans la première hypothèse, il prononce une astreinte ; dans la seconde, il condamne d'ores et déjà à des dommages-intérêts : il fait de l'obligation de ne pas faire un tout, payable en espèces ou en nature, en argent ou abstentions. Le juge qui condamne un débiteur à 50 francs par contravention à l'obligation de ne pas stationner devant la fenêtre d'un voisin (D. P. 1901. 2. 277), celui qui condamne à 1000 francs par jour de retard le débiteur de la restitution d'une hérédité (Cassation, Belgique 23 juin 1887. Table décennale Dalloz. 1887. 97, article 1142), celui qui condamne à une somme énorme une mère qui doit restituer ses enfants à la surveillance paternelle (1878. D. P. 78. 2. 124), ce juge prononce une astreinte.

Si la condamnation à des dommages-intérêts par jour de retard est si modérée que leur montant accumulé ne fournira que l'équivalent du préjudice réel, (D. P. 31 août 1864. 2. 224), le juge n'a fait que condamner à des dommages-intérêts à échéances fractionnées. Les principes de l'exécution directe et ses limites sont applicables à l'astreinte mais ils ne conviennent nullement aux dommages-intérêts à échéances fractionnés, car si l'astreinte est de la nature de la contrainte indirecte, les dommages-intérêts sont du domaine de la réparation. Comme telle l'astreinte est limitée dans son exercice par le respect de la liberté individuelle, le respect du droit des tiers, par la contrainte avec un intérêt d'ordre supérieur, les dommages-intérêts à l'inverse ignore complètement ces entraves. L'intérêt de la distinction s'étend plus loin encore. C'est une question en matière d'astreintes de savoir si la menace qu'elles constituent ne se trouve pas suspendue par l'effet de l'appel du jugement qui la prononce. Généralement, on admet que l'astreinte suspendue ne commence à courir que par la solution de l'instance d'appel (désistement ou arrêt définitif). En matière de dommages-intérêts, la solution ne peut faire l'objet d'une discussion. Le préjudice court durant la procédure d'appel. Sa réparation est donc due.

Les dommages-intérêts ne sont pas une mesure d'exécution.

Les tribunaux peuvent réduire le montant des astreintes encourues et réviser leur condamnation comminatoires (1).

(1) Chambre des requêtes. 14 juillet 1874. D. P. 1875. 1. 460. 18 novembre 1907. Chambre des requêtes. D. P. 1908. 1. 23.

Au contraire, s'ils ont prononcé une condamnation à des dommages-intérêts, ils ne peuvent revenir sur leur jugement ; il y a chose jugée.

Le débiteur condamné peut valablement faire des offres du montant des dommages-intérêts, mais il ne peut valablement offrir le montant d'une astreinte. Dans la forme, ces ordres seraient toujours insuffisants aux yeux du tribunal et exagérés pour le débiteur que cette exagération doit soumettre. Au fond le tribunal n'admettrait pas la validité des offres, puisque son jugement ne tend point à une condamnation pécuniaire, mais à une exécution en nature.

La distinction entre l'astreinte et les dommages-intérêts présente un intérêt considérable. La démonstration en est aisée. Le point délicat est de faire cette distinction. Il ne faut pas s'attendre à trouver dans les jugements l'indication expresse du caractère de la condamnation prononcée. La confusion sera accrue de l'insuffisance terminologique de la jurisprudence qui use presque toujours du terme de dommages-intérêts.

Les règles posées précédemment sur l'usage de l'astreinte permettront d'interpréter à peu près sûrement un grand nombre de jugements. L'intérêt en jeu est-il d'ordre public ? La condamnation ne peut-être qu'une mesure d'exécution ; c'est donc une astreinte. Si l'intérêt est d'ordre privé, le sens de la condamnation ne peut éveiller de doutes sérieux si l'exécution forcée *directe* était impossible. L'exécution indirecte sera souvent tout aussi impossible.

Les juges auront cherché à obtenir une réparation c'est-à-dire prononcé une condamnation à des dommages-intérêts.

Si au contraire, l'intérêt est d'ordre privé et si l'exécution directe est possible, nous ne pouvons user du même fil conducteur. Les juges ont eu le pouvoir de choisir entre la réparation et l'exécution. Le débiteur si intéressé à connaître la nature de la peine encourue peut trouver satisfaction dans les termes mêmes du jugement. Si le dispositif porte que la condamnation est prononcée pour tant de fois ou pour tel délai, il y aura une présomption que la condamnation est prononcée à titre comminatoire. La rigueur de cette déduction est bien affaiblie par l'usage presque unanime de ces termes qui sont consacrés en formules. Il n'est pas sûr que les juges aient toujours songé au caractère comminatoire de cette formule, qui suit presque automatiquement les condamnations à tant par jour de retard ou par tout autre unité appropriée aux circonstances. Cette formule leur permet de réduire l'astreinte, s'il y a astreinte, et ne fait pas obstacle à ce que le tribunal déclare qu'il y a simplement condamnation à des dommages-intérêts. Les tribunaux ont le droit de dire si les condamnations prononcées étaient définitives ou comminatoires. Il serait préférable pour les parties qu'ils aient le devoir d'indiquer dans le jugement la nature de la condamnation. Les parties pour remédier au silence du dispositif devront se résoudre à solliciter les termes du jugement, à présumer et à déduire en consultant les éléments de fait. Cette interprétation sera faite à leurs risques et

périls, à la charge des dépens des procédures inutiles.

Les considérations ci-dessus exposées nous permettent d'être très bref sur la critique de l'opinion d'un savant auteur qui ne pense pas que l'astreinte proprement dite puisse exister en matière d'obligation de ne pas faire.

« Est-ce bien là vraiment une astreinte ? Je ne le pense pas, car, à chaque contravention commise la contravention est encourue définitivement et il n'en peut pas être fait remise ; ce ne sont donc pas des condamnations purement comminatoires, comme le sont des astreintes véritables. On peut rapprocher les deux choses ; elles sont analogues ; elles ne sont pas identiques ». (Planiol. *Droit civil*. Tome 2, page 74, note 1). » L'éminent auteur paraît avoir en vue une condamnation à des dommages et intérêts à échéances fractionnées, dans cette hypothèse il est clair qu'il y n'y a pas identité, mais analogie avec l'astreinte. Mais l'astreinte peut parfaitement être conçue avec tous ses caractères dans les obligations négatives. Le juge a le choix entre l'exécution par voie d'astreinte et la réparation par voie de dommages-intérêts en ce qui concerne toutes les obligations, qu'elles soient positives ou négatives. Il lui sera donc toujours permis de revenir sur son jugement et de réduire le montant de l'astreinte lors de sa liquidation en appréciant les motifs de l'inexécution qui aura consisté suivant l'obligation dans un fait positif ou dans un fait négatif. La seule différence entre les obligations d'abstention et les obligations positives tiendra dans le degré d'indulgence

du juge au moment de liquider l'astreinte après la soumission du débiteur. L'un sera resté passif, l'autre aura manifesté ouvertement par des actes sans équivoque, son mépris de l'injonction.

Vu : Le Président de la Thèse,
ALBERT TISSIER.

Vu : le Doyen,
P. CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
FONTENÉ.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	5

PREMIÈRE PARTIE

Le Principe

1° <i>Caractères distinctifs de l'obligation de ne pas faire</i> . . .	11
2° <i>La Sanction. Définition. Sa légitimité. Son histoire.</i> . . .	25
3° <i>Recherche de l'Esprit du Code</i>	41
4° <i>Recherche d'un criterium</i>	51

DEUXIÈME PARTIE

Son application

A) OBJET DE LA CONDAMNATION

1° <i>Sur quoi porte la condamnation</i>	69
2° <i>Le contenu de la condamnation</i>	73
3° <i>Du cas particulier de certaines obligations</i>	81

B) EXÉCUTION DE LA CONDAMNATION

1° <i>Cas où un intérêt supérieur est engagé</i>	91
2° <i>Cas où l'intérêt privé est seul engagé. a) Cas où l'exécution est possible sans contrainte sur la personne et sans léser les intérêts des tiers, b) Cas où l'exécution est impossible sans user de contrainte contre la personne sans léser les tiers ou contrarier un intérêt supérieur.</i>	94

TROISIÈME PARTIE

Contrainte indirecte

<i>L'astreinte et les dommages-intérêts</i>	119
---	-----

IMPRIMERIE BAUGEOISE. — Baugé (Maine-et-Loire).
